

# 凡 例

## 一、法規、條文

△本文內所引法條條號，未於其前示明法規名稱者，均指現行之民事訴訟法；謂「新法」者，係指一九九九年（民國八十八年）至二〇〇三年（民國九十二年）間先後公布、施行之民事訴訟法新增修條文；稱「舊法」者，係指其前之民事訴訟法條文。

## 二、文獻略稱

△各文內多次引用之主要文獻及其略稱如下：

- 「司法現代化」
  - 邱聯恭·司法之現代化與程序法（一九九二年，台灣大學法學叢書七二）
- 「程序制度機能論」
  - 邱聯恭·程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年，台灣大學法學叢書五二）
- 「程序選擇權論」
  - 邱聯恭·程序選擇權論（民事程序法之理論與實務第二卷，二〇〇〇年，台灣大學法學叢書一二六）
- 「審理集中化」
  - 邱聯恭·民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編印，二〇〇〇年）
- 「爭點整理方法論」

- 邱聯恭·爭點整理方法論（民事程序法之理論與實務第三卷，二〇〇一年，台灣大學法學叢書一三〇）
- 「民訴研討(一)」
  - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(一)（一九八六年）
- 「民訴研討(二)」
  - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(二)（一九八七年）
- 「民訴研討(三)」
  - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(三)（一九九〇年）
- 「民訴研討(四)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(四)（一九九三年）
- 「民訴研討(五)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(五)（一九九六年）
- 「民訴研討(六)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(六)（一九九七年）
- 「民訴研討(七)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(七)（一九九八年）
- 「民訴研討(八)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(八)（一九九九年）

- 「民訴研討(九)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(九)（二〇〇〇年）
- 「民訴研討(十)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(十)（二〇〇一年）
- 「民訴研討(十一)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(十一)（二〇〇三年）
- 「民訴研討(十二)」
  - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(十二)（二〇〇四年）

△其他引用之文獻及其略稱如各文內所示。

# 序 言

二十多年來，著者所倡「程序利益」之概念，不僅頻頻被援用、驗證於民事訴訟法研究會之共同研討中，亦常被借重活用於多項法律之研究修正起草過程，及修正通過之部分立法理由說明內。而且，在民事訴訟法新修訂條文經公布施行後，最近之最高法院判決理由、學界論者之為文及部分教科書，亦多相繼認同程序利益應與實體利益同受保護之觀念，並予以延伸提出新議題，是大不同於數十年來德、日等國通說所謂「訴訟經濟」此概念動輒被援用之境況。如今，程序利益保護論，似將又成為引領民事程序法學理論重新開展之一項重要法理。有鑑於此，為回應新法施行後處理、解決當面問題之急需，特於本書輯錄有關倡言、闡述上開法理之專論，以就教於學界及實務界，並命名為「程序利益保護論」、而編為「民事程序法之理論與實務」系列書之第四卷。其主要論旨略為：

I. 為確保、伸展紛爭當事人之程序主體地位，在民事程序法上，除公益維護層面上訴訟經濟之要求外，應重新認知、確立程序利益保護原則，並尋求其法理基礎於憲法上諸基本權保障規定及其所認價值理念。導致確立此項原則之程序利益保護論，係脈承於近二十多年來著者陸續倡言之新程序保障論及其所延伸之適時審判請求權論，亦應成為今後開展相關法律解釋論及立法論之前導法理。

II. 訴訟上請求之表明乃訴訟上行使程序處分權、程序選擇權之一種表現型態，依程序利益保護原則，宜用為平衡追求實體利益及程序利益之手段，藉此促使本案審理導向於更能同時涵蓋實

體法上與訴訟法上觀點。在此意義上，訴之聲明及訴訟標的之表明、特定，對於實體法規範與訴訟法規範（訴訟法上要求）之對應互動，可發揮架橋作用。

III. 程序利益保護論亦應準以思考、處理，有關如何擴大當事人適格者範圍之立法論、解釋論上諸問題。為此，應認為：新法擴充選定當事人制度之主要目的是，為貫徹程序利益保護原則、延伸適用程序選擇權之法理。借此例證，可知應立足於程序利益保護論，不宜僅從公益維護層面上訴訟經濟之觀點，構思如何就現代型紛爭事件，保障其受害人之提訴權及其他程序權。

IV. 至二〇〇三年經全面修正完成之民事訴訟法，係指向於促使法官及當事人致力落實適時審判請求權及程序選擇權等法理，而可受評價為已明認、確立程序利益保護原則，此亦為制約法官裁量權行使之一項指標。從而，今後應立足於致力貫徹此等法理適用之觀點，更認真探討憲法與民事程序法之應有對應關係，並深入探究民事實體法與民事程序法之應有相互關係，而不宜如往昔般僅將民事訴訟法定位為民法之助法。

V. 相較於外國法之新制定、修正，我國之修法，在理論思想背景上，具相當之獨特性。因此，新法之施行，似亦提醒今後之比較法研究者，宜併留意彼我法制間之前導理論有何差異性，而不宜在未如此評比以前，逕將外國法上立法論或解釋論原樣套用於我國。

二〇〇五年三月十日

邱 聯 恭

## 目 錄

|     |                            |     |
|-----|----------------------------|-----|
| I   | 程序利益保護原則                   |     |
|     | ——闡釋其如何成為前導民事訴訟法修正走向之法理    | 1   |
| II  | 訴訟上請求之表明如何兼顧實體利益及程序利益      |     |
|     | ——以租金調整請求事件如何定審理方向為評析事例    | 81  |
| III | 追加選定當事人制度之運用方針             |     |
|     | ——闡述其相關解釋論之前導法理            | 117 |
| IV  | 民事訴訟法修正後之程序法學              |     |
|     | ——著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向 | 135 |
| V   | 台湾における民事訴訟法の改革とその先導理論      |     |
|     | ——日本の新法との比較考察              | 319 |
|     | 《相關圖表》                     | 351 |
|     | 《條文索引》                     | 361 |
|     | 《裁判索引》                     | 369 |
|     | 《事項索引》                     | 373 |

## 程序利益保護原則

——闡釋其如何成為前導民事訴訟法  
修正走向之法理——

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| 壹、程序利益保護論所提示之課題 .....         | 3  |
| 一、程序利益保護論之提倡 .....            | 3  |
| 二、程序利益保護論所提示之課題 .....         | 7  |
| 貳、程序利益保護原則之採認 .....           | 10 |
| 一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則 .....    | 10 |
| (一)有關擇定審判對象、範圍之闡明義務加重者 .....  | 10 |
| 1. 法律關係之曉諭與防止促進訴訟的突襲 .....    | 10 |
| 2. 補充請求額之闡明與程序利益之保護 .....     | 13 |
| (二)有關促成紛爭解決方式之選用者 .....       | 16 |
| 1. 防免紛爭擴大之程序利益追求 .....        | 16 |
| 2. 經由程序轉換之程序利益追求 .....        | 25 |
| 二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則 ..... | 34 |
| (一)酌定損害賠償額之指針 .....           | 34 |
| (二)小額事件之認事用法方針 .....          | 39 |
| 參、程序利益保護原則之合目的運用 .....        | 46 |
| 一、當事人行為及律師活動之目標設定 .....       | 46 |
| (一)經由主導劃定訴訟上請求範圍之利益追求 .....   | 46 |
| (二)經由協議簡化爭點之利益追求 .....        | 51 |
| 二、法官權限行使之程序利益保護取向 .....       | 54 |
| (一)合併審判制度之程序利益保護機能 .....      | 54 |
| (二)爭點整理之程序利益保護機能 .....        | 59 |
| (三)證據調查之程序利益保護指向 .....        | 61 |
| 肆、展望 .....                    | 69 |

## 壹、程序利益保護論所提示之課題

### 一、程序利益保護論之提倡

在我國，有關民事訴訟制度應如何建構或運作之審判實務及理論學說中，向來使用訴訟經濟之概念者，多係為達成其避免程序重複或減輕法院負擔之目的，借此尋求正當化之根據，而鮮見其表明係出於保護當事人利益之意圖。<sup>1</sup> 此種態度之所以形成，

1 例如：大法官會議釋字第三五五號決議之理由書（就制止再審制度之濫用，引據訴訟經濟原則）、最高法院九十年度第十五次民庭會議之討論內容（為避免因訴之聲明造成法院處理上不便，引據同原則）、最高法院七十年台上字第一二〇八號判決（就不宜限制訴之聲明之合併，引據同原則，裁判選輯第二卷第二期）、最高法院七一年台上字第三七二九號判決（同上旨，裁判選輯第三卷第三期）、最高法院六六年第九次民庭庭推總會議之討論內容（引據同原則，容許將合夥與合夥人併列為被告）、最高法院六三年第六次民庭庭推總會議之討論內容（為限制重複利用上訴程序與再審程序為事由主張，引據同原則）、最高法院六三年度第四次民庭庭推總會議決議（就任令分二道訴訟程序求確認票據債權不存在及票據偽造一事，為批評其不當乃引據同原則）。又，民事訴訟法研究會歷次研討會之屢次成員發言，亦多有引據訴訟經濟原則處理如何限制訴訟上活動之往例，其詳情分別刊載於同研究會編，民事訴訟法之研討（下稱「民訴研討」），諸如：「民訴研討(一)」三八七頁；「民訴研討(二)」四頁、八頁、一四頁、三五頁、二一一頁、二七一頁、二七八頁、五六〇頁、五三七頁；「民訴研討(三)」一八五頁、三八八頁；「民訴研討(四)」四頁、二八一頁；「民訴研討(五)」七一至七四頁、一九七頁、三〇四頁；「民訴研討(六)」七四頁、七九頁、八二頁、一八七頁、一九六頁。

又，九十一年九月由司法院提請立法院審議中之民事訴訟法修正

或許肇因於傳統上論者，對於應如何保障當事人程序主體地位乙事，欠缺認知；或許亦由於受德、日等國向來部分學說上有關訴訟經濟之持論所影響<sup>2</sup>，而有其法制繼受沿革上原因。<sup>3</sup>因此，不難察知向來借重訴訟經濟之概念者，多指向於試圖用以達成其禁止、限制或約束當事人為某訴訟行為（如：有關限制起訴或上訴、可否合併起訴或為訴之變更、追加等行為），藉此處理其應否在訴訟程序上受某項制約之問題。於此，論者既未意識到應如何積極設法容許或便利當事人（含：訴訟當事人或起訴前之紛爭當事人）為某行為，以保護其正當利益或使其有機會追求系爭實體法上利益以外之程序法上利益，亦非圖謀釐清法院負擔之減輕與當事人利益之保護等二者，在目的指向上，有何優劣先後之關係或孰重孰輕。

可是，在我國，隨著突襲性裁判防止論（尤其是有關防止促進訴訟的突襲之理論）<sup>4</sup>、新程序保障論<sup>5</sup>、程序主體權論<sup>6</sup>、程

序選擇權論<sup>7</sup>及適時審判請求權論<sup>8</sup>之相繼被倡、開展，程序利益保護之要求遂成為該等理論所一貫指向實現之價值理念，而被刻意用以指引重構訴訟理論及改革審判實務。於是，程序利益保護論乃被引為試圖前導民事訴訟法修正走向、實務運作之一項法理。此項理論之主旨為：依憲法上保障自由權、訴訟權、財產權、平等權及生存權等基本權之規定旨趣，訴訟當事人及程序之利害關係人應被賦予程序主體地位、享有程序主體權。準據此項程序主體性原則，立法者及程序制度運作者（法官），對於程序主體權者即上開當事人及利害關係人，就關涉其利益、地位、責任或權利義務之審判程序（或紛爭處理、解決程序），應從實質上保障其有適時、適式參與該程序以影響裁判如何形成之機會。為此，就訴訟程序如何利用及運作而言，程序主體權者，除可請求受訴法院實現其系爭實體利益以貫徹此項利益所繫上開基本權受保障之意旨以外，為貫徹自己同時另受保障系爭外同類基本權之意旨，亦可請求法院保護其衍生自該基本權且獨立並存於上開實體利益之程序利益。通常，此項程序利益係指因簡速化程序之利用或避不使用煩瑣、乏實益之程序所可節省之勞力、時間或費用而言，所以訴訟程序之進行或運作倘未能致力於此，或竟然反而造成勞力、時間或費用之浪費，即屬使當事人蒙受程序上不利利益。此種不利利益之發生，不僅對於系爭實體利益，同時也對於系

草案，亦以避免司法資源遭浪費為立法理由，增訂第二四九條第三項及第四四九條之一，意圖對於顯無理由之起訴或上訴，施加罰鍰之制裁。此項意圖，在我國法治建設之現階段，究竟具有何程度之正當性，係值得再探討之問題。

- 2 關於德、日等國向來學說有將「訴訟經濟」理解為，有關避免程序重複或減輕法院負擔等概念者，請參照高田昌宏「民事訴訟における訴訟經濟について」（早稲田法学六二卷四号，一九八七年）六頁以下。
- 3 關於我國自繼受西歐型民事訴訟法以來所殘留之課題，請參照邱聯恭「新世紀民事程序法建制之基本課題」（下稱「基本課題」）（同·程序制度機能論，一九九六年）一九九頁以下。
- 4 邱聯恭「突襲性裁判」〔「民訴研討(一)」，一九八〇年初出〕四二頁以下；同「值得當事人信賴的真實」（前揭·程序制度機能論）六頁以下；同·司法之現代化與程序法（一九九二年）（下稱「司法現代化」）一二二頁。
- 5 邱聯恭「程序保障論之新開展」（下稱「新開展」）（同·程序選擇權論，二〇〇〇年，一九九六年初出）四頁以下。

6 前揭「司法現代化」（見註4）——一頁以下。

7 邱聯恭「程序選擇權之法理」（前揭·程序選擇權論）三〇頁以下；邱聯恭在民事訴訟法第四十六次研討會之口頭報告、分析（「民訴研討四」）五六九頁。

8 邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」（下稱「回顧與展望」）（前揭·程序選擇權論）二七二頁；前揭「司法現代化」（見註4）——四頁、一三六頁、二七一頁及三一八頁。

爭標的以外同受憲法保障之上開基本權，導致其遭減損、消耗或限制之結果，應非所許。從而，立法者於設計訴訟制度時或法院於運作程序時，均必須致力賦予程序主體權者有平衡追求程序利益之機會，否則未賦予此項機會之法院審理活動，即屬對於當事人造成促進訴訟的突襲，而背反程序權保障之基本要求。準此而言，所謂程序保障係亦包含應賦予當事人有優先選擇追求程序利益（達成迅速而經濟的裁判）之機會，並非僅指應賦予當事人有優先選擇追求系爭實體利益（達成慎重而正確的裁判）之機會而已。

其實，此項始倡於我國之程序利益保護論，在學說變遷史上，係與近二十年來開展於我國之新程序保障論相通，具有相當之獨特性，而有所不同於德、日等國向來有關訴訟經濟或促進訴訟等概念之立論。因為，程序利益保護論係植基於憲法上基本權保障規定及其所認價值理念，指向於平衡保護、實現受該價值理念所肯認之系爭外利益·地位（獨立於系爭實體利益以外而與其並存之利益、地位，亦包含具精神性·人格性者在內，而不論系爭標的究為財產上權利或屬人事·身分上法律地位），乃以伸展國民之法主體性及當事人之程序主體地位為目標，雖非全然否定程序主體地位在一定範圍內（如：為維護納稅人全體之利益即公益所必要之限度內）亦可能受制約，但畢竟有所不同於向來偏重圖謀減輕法院負擔或抑制當事人訴訟行為，且忽略程序主體權保障觀點之訴訟經濟論或訴訟促進論。其所以致此之理論推演上原由，係在於上開程序利益保護論乃構成新程序保障論之一環，而脈承於有關民事訴訟制度目的論之法尋求說及有關事實審理制度目的論之信賴真實主義<sup>9</sup>，是與墨守實體真實發現主義（客觀真實說）、權利保護說（德國之通說）或紛爭解決說（日本之多數

說）為立論者有異。

## 二、程序利益保護論所提示之課題

依上開程序利益保護論，程序利益保護之要求應被定位為民事程序法上之一項基本原則，而尋求其法理基礎於憲法上有關基本權保障之規定。此項原則係要求立法者於設計民事訴訟制度時及法官於運作相關程序時，均應致力賦予當事人有平衡追求程序利益與系爭實體利益之機會，俾其得能就此二項利益為取捨選擇，在二者之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在。因此，程序利益保護原則係被採為實現訴訟制度目的之手段，而為立法論及解釋論之一項指針，並非自我目的，且不應無視訴訟法上其他基本要求。

從此而言，程序利益保護論之倡言，同時亦成為發掘訴訟理論上問題之契機，而含有對民事程序法學提示新課題之用意。亦即，由於當今民事程序法之建制及審判實務之運作，已然必須重新面對多項新課題<sup>10</sup>，所以就與程序利益保護原則相牽扯者而言，今後應探討、克服之課題是：程序利益保護之要求究與實體利益（發現真實、達成慎重而正確的裁判）之要求有何關係？應如何建構程序制度並予以運用，始克保護程序利益而謀求其與實體利益之平衡兼顧？此二利益孰輕孰重之取捨選擇應由法院，或由當事人之一造或兩造主導？就此應否承認法院與當事人之協力

<sup>9</sup> 前揭「新開展」（見註5）五頁以下。

<sup>10</sup> 邱聯恭「爭點整理方法論序」（略稱「方法論序」）（同·爭點整理方法論，二〇〇一年）五頁；前揭「基本課題」（見註3）一九七頁以下。

關係？再者，因訴訟經濟或訴訟促進之謀求所獲致之程序利益，在何範圍內應歸屬於當事人之一造享有或由兩造共享？程序利益保護原則應如何在適時審判請求權論中定位？其與適時提出主義係處於何種關係？尤其，從實踐論之觀點而言，更應探討程序利益保護原則是否已能落實為民事訴訟法之規定內容？其應如何被準以解釋、運用具體之規定？

事實上，在我國從一九八〇年代提倡、開展上開程序利益保護論，並循此陸續提示新課題以來，縱使在日本，其自一九九八年開始施行之新民事訴訟法（全面修正法），亦仍殘留類如上述之基本課題，尚待今後從訴訟法學之理論建構上或審判實務之運作上予以處理、克服。因為，同法雖於第二條增設「法院須致力於公正且迅速運作民事訴訟」之規定，可是由於其向來之適時審判請求權論，並未表明要求受訴法院應在上開實體利益與程序利益之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在<sup>11</sup>，而該新法所定「迅速」之要求係屬不確定概念，仍有究應如何予以具體化之

11 在日本，縱使時至最近，論者於斷言裁判應謀求迅速・經濟性時，亦未能認知從憲法上保障系爭外基本權及程序主體權等觀點探求其論據之必要性，屬於此類之論者有如：山本和彥「紛争処理の迅速化と費用の適正化」（ジュリスト一七〇号，二〇〇〇年）一〇八頁；同・民事訴訟審理構造論（一九九五年）九頁以下；小室直人等・新民事訴訟法講義（一九九八年）一七頁；谷口安平「民事訴訟制度の理想・改革」（新堂幸司等編・注釈民事訴訟法(1)，一九九一年）二六頁以下；吉村德重＝竹下守夫＝谷口安平・講義民事訴訟法（二〇〇一年）四〇頁。又，其將訴訟經濟所涉公益面與私益面混為一談者有：小室直人＝若林安雄＝三谷忠之＝波多野雅子・新民事訴訟法講義（一九九八年）一八頁以下；佐上善和・民事訴訟法（第2版），一九九九年）六二頁；上村明広「裁判を求める権利について」（木川統一郎博士古稀祝賀・民事裁判の充実と促進（上），一九九四年）一四五頁以下。

實踐論上課題存在，並不因新法增設該項規定即當然變易其既存之理論上或實務上問題狀況，是為筆者所曾予以指明、批評者。<sup>12</sup>可見，比較法上共通之課題依然是，程序利益保護或迅速裁判之要求，究應如何從立法論上具體化為實定法之內容，並從解釋論上予以落實於實務運作之過程？

有鑑於此，且思慮最近我國公布施行之民事訴訟法新修訂條文（指：於一九九九年二月三日、二〇〇〇年二月十一日及二〇〇三年二月七日分別公布施行者，以下合稱為「新法」），係空前大幅之修正，其研修起草工作之進行，恰與上開程序利益保護論之開展同其時期，正需闡釋此二事之關連性，以及前導新法修正走向之理論思想背景為何，並檢視其是否亦包含上開程序利益保護原則在內。為此，本文一方面意識著上開諸課題，一方面擬舉若干新法上具體規定為例，嘗試析論：其如何與程序利益保護原則相關涉？此項原則是否已然前導新法之走向或如何被新法所採認？其是否在一定範圍內亦應該且可能準以解釋、運用相關規定？

12 邱聯恭「台灣における民事訴訟法の改革とその先導理論——日本の新法との比較考察——」（下稱「先導理論」）（新堂幸司先生古稀祝賀・民事訴訟法理論の新たな構築（上），二〇〇一年）二五八頁（收錄於本書）；同・前掲「回顧與展望」（見註8）二七二頁。

## 貳、程序利益保護原則之採認

### 一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則

#### (一)有關擇定審判對象、範圍之闡明義務加重者

##### 1. 法律關係之曉諭與防止促進訴訟的突襲

新法要求審判長或受命法官，於認為依原告之聲明及事實上陳述得主張其疏未完足主張之其他法律關係時，應予以曉諭使為敘明或補充（第一九九條之一第一項、第二七二條第一項）。此項規定，係在一定範圍內使法官負法律見解表明義務，以防止發生法律適用的突襲及促進訴訟的突襲，藉此避免原告就該疏未完足主張之法律關係，另開訴訟程序致生程序上不利利益（勞費付出）。因為，未為該項曉諭（闡明）之法官，係未賦予原告節省另一新程序（重新起訴之程序或提起上訴後之程序）之機會，而對其造成促進訴訟的突襲，實不符程序主體權保障之要求。<sup>13</sup>

由於上開規定係以加重法官闡明義務，使其致力賦予當事人機會，俾用以節省另開新程序而避免蒙受程序上不利利益為目的，自屬指向於保護當事人之程序利益（因該項勞費之節省所得蒙受之經濟上利益或精神上價值），是乃採認程序利益保護原則之表

徵、結果。此項採認，在上開機會之賦予係有助於原告較量該項程序利益與系爭實體利益之大小輕重，以判斷如何選擇、劃定本案審判之對象、範圍（就法院所認得主張之法律關係，由當事人自主決定予以列入或排除於本案審判對象、範圍之內或外）之限度內，可謂具有將該原則結合於處分權主義之運用，而促使其活化之意義，應值肯定。因為，依處分權主義，就本案審判對象、範圍之選擇、劃定，當事人（原告）原則上有主導、決定之權能，於其被賦予上開機會時，較諸非然之情形，將更能充分較量所涉實體利益與程序利益之大小輕重，而具體選擇、決定：究以某紛爭事實或原因事實為單位，抑以自已所定性之某實體法上權利為單位，表明、特定其訴訟上請求（訴訟標的、訴之聲明）。況且，當事人能為如此選擇、決定時，較諸不然之場合，其程序主體地位實更可獲得確保、伸展。

準此而論，於增設上項規定及同條第二項要求法官向被告闡明是否提起反訴之規定時，立法者就其立法理由明示謂：「為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，……理應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張（原告疏未完足主張之法律關係——筆者加），以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。惟我國民事訴訟法採當事人處分權主義及辯論主義，故原告欲主張何項法律關係，及其是否為訴之變更或追加，應由原告斟酌其實體利益及程序利益而為決定，……應曉諭其敘明或補充之，以利其（當事人）衡量實體利益與程序利益……，並利於被告平衡追求其實體利益與程序利益……」云云，就其中明示涉及程序利益之斟酌、衡量或平衡追求者而言，顯可予以評價為：新法之立法者因程序利益保護論之前導，已正面採認程序利益保護原則，並使其結合於處分權主義，以活化其運用。於此，立法者係以便利當事人自主抉擇為

<sup>13</sup> 法律要求法官應為闡明，係亦為防止發生來自法院所加於當事人之突襲，而非僅為維持當事人間之公平。關於此，請參照前揭「司法現代化」一四九頁內註 64 之說明及二一八至二二〇頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之發言（「民訴研討四」一九六頁以下）。

首要目的，而附帶於此兼顧擴大訴訟制度解決功能之要求（因為，如當事人經闡明後竟不為補充，則法官亦無從將其他法律關係列入本案審判之對象、範圍），所以該立法理由實具有凸顯當事人程序主體地位之意涵。<sup>14</sup>從而，認為上項規定之立法者擴大

14 新法第一九九條之一第一項之規定本身，並未表明採用訴訟標的理論之新說或舊說，而係要求受訴法官不管採其中何說為審理，均應儘可能賦予當事人利用同一程序解決紛爭，以防止發生促進訴訟的突襲，使其有追求程序利益之機會。況且，相較於訴訟標的相對論，有關訴訟標的理論之新、舊說各有其應受批判之缺失〔關於此，請參照前揭「司法現代化」二一一至二一七頁；前揭「方法論序」（見註 10）三一三頁及三一七頁至三一九頁〕。不過，倘若眼於當事人被賦予該機會以後，將更能獲得較充實之資訊，用以選擇究以某紛爭或原因事實為基準單位，或以某實體法上權利為基準單位（將舉證上含有困難性之某實體權，排除於本案審判對象範圍之外），而就訴訟標的為特定、表明，則宜評價為：依上開規定所行程序之內容（以法官表明法律見解為內容之闡明方式）實質上係有利於採訴訟標的相對論為運用，使當事人（原告）基於程序處分權為訴訟標的之相對性、選擇性特定，而平衡追求程序利益與實體利益。從此角度觀之，未設類如上開我國新法之日本，尚殘留有解釋論上問題。關於此方面問題之指明、對日本新法之批評及其相關事例，請參照邱聯恭前揭「先導理論」（見註 12）二五一頁；同「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」（下稱「機能演變」）（前揭·程序選擇權論）九二至九四頁；同·民事訴訟審理集中化之理論與實務（下稱「集中化」）（司法院編·民事法律專題研究(六)，二〇〇〇年）七九至八六頁、二二六至二二七頁；前揭「爭點整理方法論序」五〇至五五頁、六八至六九頁內註 25 之說明。又，關於上開新法施行後，最高法院就向來實務見解所持態度已經有所改變一事，請參照許士宦「接近正義與闡明義務」（台灣本土法學雜誌，二〇〇一年實務見解回顧，二〇〇二年）八六頁。

於此，宜併加留意之比較法上趨勢是，與上開我國新法規定之走向相近，最近德、奧之民事訴訟法修正工作，亦趨向於要求法官應就當事人所陳事實關係為報告，而有說明法官所持法評價（法律適用上觀點）之義務，此事被認為係限制第二審上訴之必要前提。關於此，請參照出口雅久「民事訴訟における第一審強化策——ドイツ連邦司法省民事訴訟法改正草案を素材として——」（吉村德重古稀記念・

法官應行闡明之範圍，係僅為擴大訴訟制度解決紛爭之功能云云<sup>15</sup>，或認為擴大法官之闡明權（加重其闡明義務）將增多浪費、加重法官負擔或有害當事人之地位云云等類持論，係沿襲舊法時代漠視程序權保障之觀念，應屬誤解立法本旨，且未充分認知防止發生促進訴訟的突襲（來自法院審理活動之突襲）一事係為保障程序主體權所必須，實未認明新法採程序利益保護原則之原意。至於法官應如何依案情狀況實需，妥採適宜之闡明方式，則屬另一事。<sup>16</sup>

## 2. 補充請求額之闡明與程序利益之保護

新法就金錢賠償損害請求事件，容許原告得在其所述原因事實範圍內<sup>17</sup>，僅表明全部請求之下限額，而俟第一審言詞辯論終結前始予以補充聲明全部請求額；同時並要求審判長應告以得為補充（第二四四條第四項）。此項規定係就訴訟上請求之特定，要求受訴法院應賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，並為此

弁論と証拠調べの理論と実践，二〇〇二年）五九頁以下以及其所引 Bruno Rimmelpacher, Verbesserung des zivilgerichtlichen Verfahrens erster Instanz, ZPR 1999 S.178；Hoffmann, Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens, ÖanwBl. 2000, 373.

15 表明此項持論者有如：陳榮宗／林慶苗·民事訴訟法（下）（二〇〇一年）六八七頁。

16 關於法官宜如何依案情狀況妥為公開心證或表明法律見解，請參照邱聯恭「心證公開論」（前揭·程序選擇權論）一四八頁以下；同「方法論序」（見註 10）五〇頁以下。

17 此項原因事實係指狹義之原因事實，而為新法第二四四條第一項第二款所要求者，乃有所不同於第二六六條、第二六七條第二項及第二六八條之一等規定，為便利整理爭點以促使審理集中化所要求陳明之原因事實係屬廣義者。關於此，請參照前揭「爭點整理方法論序」（見註 10）一一至一四頁。

加重法官之闡明義務，要求審判長適度公開心證或表明法評價上觀點，以便當事人抉擇如何取捨實體利益與程序利益，可被評價為係以程序利益保護原則為依循。因為：①其立法理由言明，係有鑑於損害賠償之訴涉及損害原因、過失比例、損害範圍之認定，且其損害之具體數額因舉證困難致甚難預估，而常須經專業鑑定及法院裁量始能判定，為免對原告所負表明請求之責任，過苛要求以致其權益受損，遂增設明文云云，由此可知其係為避免因該類舉證上困難，在起訴階段對原告所特別造成之不利益（如：因貿然表明過大之請求額致溢繳裁判費、因殘留部分請求額致引發後訴而生勞費付出、因不必要之證據提出或調查致增多勞費付出）。此種避免不利益發生之立法設計及法官闡明，從該項條文之起草、研修過程觀之，實係同時為謀求防止發生促進訴訟的突襲，使當事人有機會獲得更迅速而經濟的裁判，以利迅速救濟權利受害、平衡追求程序利益。<sup>18</sup> ②此項原屬一般性之理論，之所以亦被落實為上開新法之規定而成為其法理基礎，固亦受啟發於德國民訴法第二八七條及奧國民訴法第二七三條（均就應賠償之損害額授予法院裁量權）之規定，但經提議予以引進時，實係依照上述之理論將其本土化為我國新法第二二二條第二

18 關於此方面之理論思想如何成為增訂新法第二四四條第四項之基礎、背景，可從其自一九九三年二月間經提案、起草及研修過程所曾引用之文獻資料察悉（參照司法院編，「司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（一）」（一九九四年，下稱「修正彙編（一）」）四九頁以下及五三頁以下）。其乃以前揭「司法現代化」（見註 4）一二六頁以下、以及邱聯恭在民事訴訟法研究會第四十一次研討會（一九九一年）所闡述之程序利益保護論為基礎（「民訴研討四」三五四至三五六頁）。與此相關者，併請參照邱聯恭「民事訴訟之目的」（同，程序制度機能論）一九五至一九六頁。

項之規定<sup>19</sup>。所以此項規定之增設，係亦以使當事人更能平衡追求程序利益、減輕其勞費負擔為目的，而與新法第二四四條第四項規定之提案增設相配套，尚非僅指向於謀求以減輕法院負擔為旨之訴訟經濟，實具有本土性理論思想之襯托<sup>20</sup>，既非純屬從形式表面上抄襲性繼受外國法，亦與未同時如我國併設上開第四項規定之日本新法互不盡同〔請併參照下述「二、（一）」之說明〕。<sup>21</sup> ③況且，該第四項係先規定原告得為補充聲明，以示其主導、決定權屬於原告；繼又規定審判長應告以得為補充，是即為了防止發生突襲（含促進訴訟的突襲），乃加重闡明義務。為克盡此項義務，法院尚須將其依第二二二條第二項所形成之心證或法評價予以適度公開、表明，以便當事人衡量所涉實體利益與程序利益之大小，為如何補充之選擇、決定。

要之，上開新法係為貫徹程序利益保護原則所必要，亦具有採認此原則之意義，今後應準此拓展相關規定之解釋論。例如：為防止發生突襲、保護程序利益（如：為避免當事人遲至程序後階段或上訴程序，始依第二五五條第一項第三款或第四四六條第一項但書，為擴張聲明時所伴生之勞費付出），縱使在原告起訴

19 前揭「修正彙編（一）」（見註 18）二〇一頁、二〇三頁及二一五頁以下。

20 關於我國新法之增修制訂，已非若往昔採抄襲性、無目的選擇性繼受外國法之方式，請併參照前揭「機能演變」（見註 14）一一七頁。

21 日本新法公布施行後，論者從謀求訴訟經濟及充實救濟手段以因應損害額算定困難之觀點，亦主張宜併採容許僅提示某約略之金額以特定訴訟上請求之方式，是即趨向於類如我國新法第二四四條第四項所取辦法。此類論者有坂本恵三「新民訴法二四八條をめぐる諸問題——その適用範囲の限定を中心として——」（民事訴訟雜誌四五期，一九九九年）二三四頁。又，從我國新法之立法論，批評日本新法之妥當性者有：邱聯恭「先導理論」（見註 12）二六二頁。

時未依第二四四條第四項表明請求下限額之情形，法官亦應依第一九九條之規定向原告為上開闡明，使其有機會依上開規定擴張聲明。在此意義上，宜將第二四四條第四項理解為，其對於上開有關容許擴張聲明之規定而言，係屬特別規定。<sup>22</sup>

## (二)有關促成紛爭解決方式之選用者

相較於訴訟（裁判）制度，其外之紛爭處理制度（如調解、仲裁等）亦具有多項長處，頗可發揮達成迅速、經濟性紛爭處理、助長追求程序利益等多樣機能。<sup>23</sup> 此項借重裁判外紛爭處理、解決制度以助長追求程序利益之觀點，係亦延伸自程序利益保護原則，而被新法據以擴充如下之相關制度。

### 1. 防免紛爭擴大之程序利益追求

新法一方面擴充證據保全程序，容許紛爭當事人就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請鑑定、勘驗或保全書證（第三六八條第一項後段）；一方面則容許兩造以該程序上所蒐得之事證資料為基礎，得於起訴前（本案尚未繫屬時）就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議。此項協議如係就訴訟標的所成立者，依其內容應為一定之給付時，得為執行名義（第三七六條之一第一項及第二項）。其立法理由為，就前者而言，謂「……如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資

料，以了解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達成預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。……」；又，就後者之規定而言，謂「當事人於起訴前聲請保全證據者，得利用法院所調查之證據及所蒐集之事證資料，了解事實或物體之現狀，而研判紛爭之實際狀況，此時，如能就訴訟標的、事實、證據或其他事項達成協議，當事人間之紛爭可能因此而獲得解決或避免擴大。此外，當事人將來縱使提起本案訴訟，因當事人於保全證據程序中已就特定事實、證據或其他事項達成協議，故於法院審理本案時，亦可減少爭點，而節省法院及當事人進行訴訟所需之勞力、時間或費用，達到訴訟經濟之目的。……」<sup>24</sup>

可知，上開新法之意旨係為賦予紛爭當事人機會，以便兩造利用所蒐得資料成立協議，而既可在提起訴訟以前，設法循訴訟以外之方式解決紛爭，以預防訴訟於未然；亦可在起訴時，整理或簡化爭點，以節省勞費付出、謀求訴訟經濟。此項訴訟經濟之謀求，就其乃繫於當事人之主導（保全證據之聲請及協議之成立係取決於當事人）而言，係意指助長當事人為程序利益之追求。亦即，新法係以要求法院協力於當事人追求程序利益為主要目的，並非以減輕法院負擔為首務。準此，可評價為：上開新法已然認知程序利益保護原則，並為貫徹此原則，遂經由上開事證蒐集制度之擴充，賦予當事人更多獲得查明案情之機會，俾其用以

<sup>22</sup> 關於此項解釋、運用，亦可參照前揭「集中化」（見註 14）一九三至一九四頁、二二九頁；前揭「方法論序」（註 10）二一頁以下。

<sup>23</sup> 邱聯恭「調解程序之新變革」（下稱「調解程序」）（前揭·程序選擇權論）一八一頁；邱聯恭「仲裁契約之妨訴抗辯效力」（下稱「仲裁契約」）（前揭·程序選擇權論）二四二頁內註 12 之說明。

<sup>24</sup> 參照前揭·程序選擇權論，三八一頁以下；或司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(四)（一九九九年）（下稱「修正彙編(四)」）一二一六頁以下。

認明自己所處法律狀態，資以自行較量其紛爭所涉實體利益及程序利益之大小輕重，而判斷、選擇解決紛爭之方式。<sup>25</sup>其實，此項評價係切合於立法旨趣，亦可徵諸上開新規定之起草、修正研議過程。因為，於此過程，其立法論係涵蓋程序利益保護論所持觀點，而被強調其在目的指向上，具有我國立法之獨特性。其謂：「……本法所以擴大（證據保全範圍）之理由，乃在於便利當事人更有機會蒐集多一點資料，使其於起訴前，得平衡兼顧紛爭所涉實體利益及程序利益，儘早決定究循訴訟的方式取得判決，抑或避開訴訟而成立訴訟外和解、調解或可增設之保全程序上和解（即第三七六條之一第一項及第二項所認有關訴訟標的之協議——筆者按），即儘可能賦予當事人選擇程序之機會。從此角度觀之，始較合乎本會（按指：實際負責起草之司法院民事訴訟法研究修正委員會）近十幾年來之修法精神，即修法之目的非僅為了減輕法官負擔；而認為必須在當事人之程序主體權獲得充分保障之前提下，才有所謂減輕法官負擔之問題」「……蓋此次修正證據保全制度之旨趣，乃在於放寬起訴前證據開示程序，以便利當事人於訴訟外或訴訟上試行和解。換言之，命當事人於起

25 關於第三六八條第一項後段及第三七六條之一等新法規定之評論，併請參照前揭「民事訴訟之目的」（見註18）一八九至一九〇頁；前揭「程序選擇權之法理」（見註7）六九頁；邱聯恭在「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」學術研討會（下稱「學術研討會」）（最高法院學術研究會，二〇〇〇年）之闡述（法官協會雜誌第二卷第一期）二一九頁以下。

相較於此，日本自一九九八年施行之新民事訴訟法並無類如我國新法第三六八條第一項後段及第三七六條之一等規定，以致如今批評其新法之立法論尚認為，有必要擴充起訴前之事證開示制度。就此，請參照高橋宏志，新民事訴訟法論考（一九九八年）一三七頁；山本和彥，前揭（見註11）一一〇頁。

訴前開示證據，已非僅具傳統上證據保全作用，而是兼具英美法上「事證開示」制度之機能。因此，縱使本法不仿照德國民訴法第四九二條，設立證據保全程序中之和解程序，當事人依草案三六八條所獲得之資料，仍可作為將來於訴訟外和解、鄉鎮市調解委員會調解、於法官面前之調解、或於公證人面前作成願意接受強制執行之公證書之基礎資料。……」<sup>26</sup>

從而，今後應依循程序利益保護原則，開展新法所認上開協議制度之運用論。亦即，有關紛爭當事人得於起訴前成立協議之對象範圍之解釋，應指向於達成保護當事人追求程序利益之目的，而不應僅著眼於圖謀疏減訟源或減輕法官負擔。為助益拓深今後處理相關問題之解釋論，以下特舉若干事例，試加評析：①就紛爭當事人得成立協議之對象而言，應解為兩造在其依處分權主義、辯論主義得行使程序處分權之範圍內，就能助長防免訴訟提起、紛爭擴大或爭點擴散，以謀求程序利益之事項，不論其屬將來得成為訴訟標的者（某法律關係或尚未施加法律上評價、定性之特定紛爭事實）抑或僅係有關某事實、證據者，均宜成立協議。例如，在兩車相撞之車禍事件，受理證據保全聲請之法官至現場查看車損狀況，而確定車燈及輪胎損壞，受害價值二萬元，此事實為兩造所承認時，得成立此後不爭執該事實之協議（證據契約之一種）；至於有關二車相撞究竟肇因於何者之過失，則留待本案訴訟時再行判定，或同時就該過失事實成立委由某專家判斷認定之仲裁鑑定契約（協議），均予記明筆錄。由於如此成立協議之結果，各該事實或如何判定其存否即不致再成為兩造間爭

26 前揭「修正彙編(四)」(見註24)六三六頁、六三九頁、九九四頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十八次及第四十七次研討會（一九九三年）之發言（「民訴研討(三)」二五〇頁、「民訴研討(四)」七〇七頁）

點，而可於起訴前預行減縮、簡化事實上或證據上爭點，藉此當事人可追求程序利益。並且，為保護此項利益，參與上開證據保全及協議程序之法官或律師，均應盡力促使兩造達成協議。

②又如，設兩造就某日所訂立名為合建或委建之契約，於一造當事人交屋於他造當事人後發現房屋龜裂，而發生紛爭；於起訴前之證據保全程序上，法官、兩造及鑑定人均到場查看房屋之建造情況。此時，在經確定房屋龜裂之範圍後，可能成立而記明筆錄之協議有如：「兩造均承認房屋龜裂範圍如附圖（或某鑑定人所作成如附圖所示鑑定結果）」，或「兩造就某日訂立如附件所示契約內容所可能發生之紛爭（或一切權利義務關係），今後不提起訴訟，但一造（某人）願於某日以前給付某元予他造（某人）；若屆期不自動履行，願受強制執行」。就前者之協議內容而言，縱使嗣後因一方當事人之行為或其他原因（如地震或他人所為震動）造成龜裂範圍擴大，於涉訟時，當事人可節省證明損害範圍所需勞費付出，而獲得程序利益。又，就後者之協議內容而言，由於其屬不起訴契約，所以可避免因起訴及遂行本案訴訟致生勞費付出，亦可助長追求程序利益。因此，致力成全當事人為此項目的追求，應成為參與紛爭處理程序之法官、律師及專家（鑑定人）之行為規律，此亦延伸自程序利益保護原則。其結果，參與處理紛爭之法官及律師，應致力賦予當事人有追求程序利益之機會，例如，為促成鑑定之聲請（第三六八條後段），亦宜勸使兩造成立平均分擔鑑定費用（含：鑑定人之報酬金）之協議，以免因一造無力負擔過鉅之費用致難經由鑑定覓得資訊，終致無從借重上開協議程序充分發揮防免紛爭擴大之機能。如此運用之需求或必要性，尤其往往存在於需借重法律外專業知識（如科技知識）始能釐清爭點之事件類型（如：有關承攬建築工程、

醫療事故、汽車產品瑕疵、公害或藥害等）。又，參與證據保全程序之鑑定人，亦應致力保護當事人之程序利益，積極提供其追求所需資訊，且宜依法官之命（參照第三六八條第二項、第三三五第一項），陳述有助於當事人追求程序利益之意見或提示協議（和解）方案（如：受選任之某鑑定人倘認為，就特定事項可能因鑑定人之不同而提出相異意見時，為防免因此導致當事人間紛爭擴大而伴生勞費付出，宜事先向法院或當事人說明（參照第三三七條第二項），以便其及時謀求因應之道，助益取捨如何達成協議，而預防訴訟提起或避免紛爭擴大。

③如上所述，循證據保全、協議程序所為訴訟經濟之謀求，係為賦予當事人選擇程序（紛爭解決方式）以追求程序利益之機會，而此機會之利用並不限於就特定法律關係成為訴訟標的之情形。亦即，兩造利用證據保全程序上所蒐集之事證資料，基於程序處分權、程序選擇權，尚得就特定之紛爭事實（如：兩造於某日所訂含有某些條款之無名契約）成立如何處理、解決紛爭之協議<sup>27</sup>，所以不宜將謀求訴訟經濟、保護程序利益之對象範圍予以狹義視為，其係僅限於就某項經定性之法律關係而言者，否則將過度限縮上開程序之機能發揮，終於未能充分貫徹新法之本旨。

<sup>28</sup> 因此，在當事人依處分權主義、辯論主義得行使程序處分權、

<sup>27</sup> 在條文起草研議、制訂之過程，曾被強調：第三七六條之一所認協議之對象，亦宜涵蓋兩造就某次契約所生紛爭事實即原因事實在內，而對於處理兩造間因訂立無名契約（實體法上定性困難者）所發生之紛爭，亦具規範意義。關於此，請參照前揭「修正彙編(四)」(見註 24) 七四七頁。

<sup>28</sup> 第三七六條之一之規定所指向謀求之訴訟經濟，係與第一九九條之一第一項所指向者旨趣相同，均以賦予當事人有避免新開訴訟程序之機會為手段，達成使其平衡追求程序利益（避免或節省另開訴訟程序所伴生之勞費付出）之目的。亦即，第一九九條之一第一項之規定，係

程序選擇權之範圍內，為優先追求程序利益，兩造可成立協議之內容具多樣化可能性<sup>29</sup>，諸如：以某紛爭事實為單位標準特定訴

在原告所陳紛爭事實或廣義的原因事實之範圍內，要求法官賦予其機會，俾用以自行決定是否利用已起訴之同一程序，將疏未主張之法律關係併列入請求本案審判之對象，藉此及時擴大前程序（已開始之程序）之解決紛爭功能、避免就該法律關係另開訴訟程序（後訴訟），而保護當事人之程序利益（回顧本文「貳、一、(-)1」之說明）、並謀求訴訟經濟。其所謀求之訴訟經濟，與本文所述當事人經由第三七六條之一第一項之規定所認協議程序以預防訴訟提起時所謀求之訴訟經濟，係含有相同之意旨。因為，此二者均係就涉及某紛爭事實或廣義原因事實之紛爭（非僅限於經實體法上定性之某實體權），使當事人有機會不為該紛爭之解決再開始使用另一訴訟程序，藉此可避免因開該新程序所將蒙受之程序上不利利益。新法施行後，此項立法旨趣（容許以「紛爭」為單位標準定紛爭處理之對象範圍），亦延續於研擬有關定和解方案之新法（參照下述註 38 之說明）。

於此，想指明的是，上開立法論旨實具有我國法之獨特性，而有所不同於論者將訴訟經濟之謀求限定於，實現經當事人自行定性後之某實體權等類情形。此類論者之主張〔如：高田昌宏，前揭（見註 2）四七頁〕，縱使在日本尚有某程度之說服力，亦非當然可適用於我國之法律狀態下。蓋以日本之新法既未設有類如我國新法第一九九條之一第一項及第三七六條之一等規定，且對於程序利益保護原則尚無充分認知。何況，上開論者之主張係被提出於日本新法制定施行以前之時代，自其新法增訂要求法院須致力迅速運作訴訟之規定（第二條）施行以後，為平衡保護當事人之程序利益，究應如何重新省思日本向來之適時審判請求權論始符其新法之旨趣一事，如今已然成為新課題〔指明此方面問題而對其論提出批評者為：邱聯恭「先導理論」（見註 12）二五八頁〕。因此，上開日本論者有關訴訟經濟之概念闡述，能否原樣適用於其新法施行後之今日，已頗值疑，尤欠缺照樣引用於我國之正當性。循此而論，在我國新法施行後，照樣引用上開日本論者之主張，對我國新法加以評論者〔如：呂太郎「法律關係之闡明」（台灣本土法學雜誌第十五期，二〇〇〇年）一四一頁〕，是否已充分認明我國新法之立法旨趣？其在研究方法論上是否存有值得重新檢視之問題？均尚有探討之餘地。

29 併請參照前揭「學術研討會」之闡述（見註 25）二一九頁以下。

訟標之協議（成立之協議內容為：涉訟時以特定之紛爭事實或廣義之原因事實，而不以某項既經當事人自行定性之法律關係，作為決定訴訟標的大小異同之單位標準）<sup>30</sup>、就某紛爭事實所生爭議於起訴前應先經調解之協議、以該爭議為對象（標的）之仲裁協議<sup>31</sup>、有關示範訴訟或試驗訴訟之協議<sup>32</sup>，不起訴之協議<sup>33</sup>、仲裁鑑定契約等等。

④為更深入理解程序利益保護原則，亦指引如何妥為處理有關上開協議之效力問題，以下特以紛爭當事人成立仲裁鑑定協議（契約）之情形為例，闡述今後宜如何開展相關解釋論<sup>34</sup>：

新法增訂第三七六條之一等規定所認仲裁鑑定協議（契約）係具有我國法之獨特性<sup>35</sup>，亦可尋求其法理依據於程序選擇權論及程序利益保護原則，而具有解決紛爭、避免紛爭擴大及預防訴

30 參照上述註 27 之說明。關於起訴時何以應保障當事人有選擇紛爭單位型訴訟標之機會，請參照邱聯恭「仲裁判斷撤銷事件之訴訟標的如何特定？」（前揭，爭點整理方法論）三一〇頁以下。

31 此處所謂之仲裁協議（契約），係可能包含正式、機構仲裁及非正式、個別仲裁契約在內。關於其意義，請參照前揭「仲裁契約」（見註 23）二三一頁以下。

32 關於示範訴訟或試驗訴訟之承認可能性，及其如何可助長紛爭當事人追求程序利益，請併參照前揭「司法現代化」（見註 4）一六五至一六八頁。

33 參照前揭「學術研討會」之闡述（見註 25）二二二頁。

34 詳請參照邱聯恭「本案起訴前有關仲裁鑑定契約效力之問題處理」（「民訴研討(十)」）三六九至三七三頁以下。

35 由於新法增訂第三七六條之一等規定之結果，仲裁鑑定協議（契約）在我國具有相當之獨特性，而可尋求其法理依據於程序選擇權之法理，成為保護程序利益之手段。關於此，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第七十七次研討會之闡述及沈冠伶之相關論文報告〔「民訴研討(十)」二八五頁以下、三四九頁以下〕。

訟提起等機能（含：追求程序利益之機能）。因此，不宜將有關該協議效力之問題處理，僅寄望或託付於本案訴訟程序，而應探討如何妥適處理本案訴訟未提起以前所生有關該契約效力之問題（在期待紛爭或本案訴訟將因仲裁鑑定結果被解決或被防免提起之前提下，亦即在不預想必有本案訴訟提起之前提下，嘗試解決相關問題）。茲為便利今後開展相關之解釋論，以貫徹程序利益保護原則，實現新法增訂三七六條之一以預防訴訟提起之理念，特先例示闡述：在仲裁鑑定協議成立後，本案訴訟尚未繫屬於法院之階段，如發生所約定之仲裁鑑定人拒絕或延滯履行任務而不作成鑑定之情事時，應依循上開原則，視個別具體情形之不同，分別依相關法理或類推適用相關規定為處理。例如：

a. 於當事人雙方能再達成協議之情形，自得再行約定由其他仲裁鑑定人為判斷。此乃雙方共享程序選擇權之當然結果（亦可類推適用仲裁法第十三條第一項前段）。為此，應致力充實相關制度（如：律師制度），增多促成或賦予該項再成立協議之機會。

b. 於未能再達成上開協議之情形，當事人之一方可能採用之途徑有如：

- i. 在該當事人就本案請求尚難認有起訴之利益，或為避免提起無實益之訴訟或為節省勞費付出（追求程序利益）認為有必要時，可類推適用仲裁法第十三條第一項後段之規定，向法院聲請為之選定仲裁鑑定人。此種仲裁鑑定人選定聲請事件，係非訟事件之一態樣，而非屬訴訟事件，所以法院應適用非訟程序依相關之程序法理為審理；其受理法院並非本案訴訟之受訴法院，尚不生本案訴訟之受訴法院應如何調查證據或可否引用第三四五條及證明妨礙之法理等問題。如此解釋，始能更加一層發

揮仲裁鑑定制度所具解決紛爭、防免紛爭擴大或訴訟提起，以助長追求程序利益等機能，而貫徹新法增訂三七六條之一之立法旨趣。因為依同條規定成立於起訴前之仲裁鑑定協議，實與常訂立於本案涉訟前之仲裁契約（協議），在可能解決紛爭或防免不必要之訴訟提起等方面，均含有作為訴訟外紛爭解決制度以保護程序利益之目的上共通性，而具相類似之機能。至於在上開法院下裁定（選任仲裁鑑定人）以前，為保障程序主體權、貫徹程序選擇權之法理，應儘可能聽取當事人之意見，尊重其意願，乃屬當然。

- ii. 在上開 i 之情形，當事人亦可依第三六八條第一項後段之規定，聲請為鑑定。因為既已成立仲裁鑑定協議，多可認為在當事人間已同意為證據保全（同條項前段），且就確定事、物之現狀有同條項所定之法律上利益並有必要為鑑定，藉此於起訴前先行蒐得事證資料，以了解事實現狀或紛爭實情，用以抉擇是否或如何循訴訟程序或訴訟外方式處理、解決紛爭，而平衡追求實體利益及程序利益，是與當事人原來成立仲裁鑑定協議之目的相通。因此，倘於本案尚未起訴前之階段，竟期待或要求當事人一律先提起本案訴訟，然後在此訴訟程序上請求受訴法院處理首開仲裁鑑定人不作成鑑定之問題事項，則將減消防免訴訟提起之可能性，終致背反程序利益保護原則。

## 2. 經由程序轉換之程序利益追求

在財產權爭議事件之調解程序，新法承認兩造當事人得合意

委由法官或調解委員酌定調解條款，並得約定由調解委員中之一人或數人酌定之，此條款經酌定而作成書面或記明於筆錄後，視為已依該條款成立調解，而具有與訴訟上和解、確定判決相同之效力（第四一五條之一、第四一六條第一項及第三八〇條第一項）。同時，新法又增訂規定，容許訴訟事件之兩造，於第一審訴訟繫屬中，得合意將事件移付調解，如因此成立調解，除亦具有上開效力外，並得領回已繳裁判費之一半（第四二〇條之一）。

上開基於兩造合意之酌定調解條款及移付調解等制度，亦係以增多當事人選用判決外方式解決紛爭之機會為目的，而依循程序選擇權之法理，認知程序利益保護原則及程序轉換論。<sup>36</sup>此項新法增設制度之旨趣及法理基礎，除其立法理由已說明建制之目的係為增多、保護當事人選擇程序之機會外，且早經明示於上開條文內容之起草研修過程。亦即，就其研擬之應有取向謂：「第四一五條之一之制度採用，亦屬有益而無害，因該條規定兩造同意時，得由調解委員仲裁，擴增當事人選擇程序之機會，甚至在雙方合意下所作成之仲裁，承認其具有相當之效力。現行法第四一七條所定提示解決紛爭方案之制度本身，並非必根據實體法之要件事實來裁判，而是本來具有仲裁之性質，……，係依衡平之法理來提示解決紛爭之方案，……。現在，……，係以承認當事人得合意選擇程序為前提，似更有讓當事人信服仲裁結果之堅強法理基礎，因當事人兩造合意由調解委員為仲裁，係表示當事人信賴調解委員，……」、「……觀諸世界潮流，如今乃趨向重視

擴充訴訟外解決紛爭制度供人民使用……，此一潮流已莫可抗拒，其重要理由之一係為了促使司法資源合理分配，因為司法資源有限，如何作合理分配？本為目前及今後二十一世紀之民事訴訟程序制度如何健全化之基本課題。在合理分配司法資源之要求下，也涉及如何從實質上保障當事人依憲法所應受保障之訴訟權的課題。可是，應知當事人依憲法所受訴訟權之保障，並非僅意指受保障之審級越多就越好，審級多，縱可能有助獲得較正確之裁判，但也可能因纏訟經年，致當事人傾家蕩產，而侵害其系爭標的物外之財產權及自由權，因此，憲法第一六條所規定之訴訟權，不僅在保護如何追求系爭之實體利益，亦在保護系爭外之財產權與自由權，使其不致因訴訟制度之使用而受損。自此角度言，訴訟外紛爭解決制度愈多應愈對人民之權利保障有益，如此可使人民有更多選擇程序之機會，藉以保護系爭中及系爭外之財產權、自由權等。……我國如能照上述方向修正應可較日本更積極地擴大適用仲裁制度之範圍，因自司法資源合理分配及人民程序選擇權如何保障此二角度觀之，擴充此制度，提供人民更多選擇機會，實有益無害。……其制均不脫仲裁之性質，而不一定依實體法來判斷，亦可基於衡平法理來判斷，故非當事人就解決紛爭之內容完全一致，而是法官以外之第三人介入其中為判斷，就此而言，實際上仍具仲裁性。……」、「……增訂規定為：如成立訴訟上和解至少可領回一半的裁判費。因為有時當事人雙方之和解協商只差數萬元，如有此類可領回一半裁判費之誘因，則可能很快促成和解，使當事人可以之作為相讓步的部分補償，這也是一種程序利益追求，……」、「……有些紛爭事件，「法」在何處？誰是正義？未必恒屬明確，例如，特需借用法律以外專業知識之事件，法官往往找不出「法」在何處，……就該事件類

36 有關此方面新法走向之理論上評析，請參照揭「調解程序」（見註23）一九二至二〇二頁。

型，如不能確保法官必判斷相當正確而可找出客觀之「法」在何處時，則特需由具該法律外專業知識之調解委員一同尋找「法」之所在，……」云云。<sup>37</sup>

可見，新法係為賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，乃增設準仲裁制度（酌定調解條款制度），並擴大使用調解程序之可能範圍，容許當事人基於其程序處分權・程序選擇權，既可將調解程序轉換為準仲裁程序，亦可從訴訟程序改用調解程序。此類經由程序轉換以平衡追求實體利益及程序利益之作為，既然係取決於當事人之意願，自屬由當事人主導遂行。在此意義上，其制度運作雖亦有助於減輕法官負擔，畢竟並非以此為主要目的，所以縱使借用合理分配司法資源或謀求訴經濟等概念予以解說，亦宜認明其所涵蓋者係以當事人所享程序利益之保護為主要內容。因此，上開新制之運用應以程序利益保護原則為依循，指向於保護當事人之程序利益，而不應成為受訴法官推卸辦案職責之藉口。事實上，民事事件之類型有多種多樣，各該事件所涉程序利益（如：因今後之友好・和諧來往關係得能維持時所可獲得之利益、因不必由不諳法律外專業知識之職業法官就系爭事實存否為嚴謹認定時所能蒙受之利益，此類利益係可能包含精神性或行動自由性者在內）或系爭實體利益之大小輕重不一，所需求滿足之該類利益狀態所繫相關程序法上基本要求（如：程序權保障之要求），亦往往因案情之不同而互有差異。為因應此項現實、滿足紛爭當事人即人民之需求，新法擴充上開訴訟外紛爭解決方式，增多當事人選擇程序以平衡追求程序利益之機會，從貫徹程

序選擇權之法理而言，應值肯定。

抑且，此項肯定亦可用以支持新法增訂第三七七條之一規定為：「①當事人和解之意思已甚接近者，兩造得聲請法院、受命法官或受託法官於當事人表明之範圍內，定和解方案。②前項聲請，應以書狀表明法院得定和解方案之範圍及願遵守所定之和解方案。③法院、受命法官或受託法官依第一項定和解方案時，應斟酌一切情形，依衡平法理為之；……」等內容。此項立法走向亦明確認同程序利益保護原則，擴充選用準仲裁之管道，因為，其立法理由表示：「兩造當事人於試行和解時，雖互相讓步，但無法達成合意時，依現行法規定，因尚未成立和解，法院仍須進行本案審理程序。惟於兩造當事人和解之意思已甚接近時，如能容許其選擇不以判決之方式，而委由法院基於公正、客觀之立場，依衡平法理定和解方案，不僅使當事人之紛爭能獲得圓滿解決，且可減少法院及當事人為進行本案訴訟審理程序所須耗費之勞力、時間、費用，俾當事人平衡追求其實體與程序利益。…」。<sup>38</sup>

38 參照前揭「修正彙編(四)」(見註24)九八〇頁以下。又，關於當事人表明求法官定和解方案之範圍究與訴訟標的有何關係，在條文之起草研討過程被強調：「……為貫徹本條增設之目的係為擴大當事人選擇程序之機會，宜規定為：只要當事人願意，則可在兩造所表明之範圍內，將大於原來訴訟標的範圍之紛爭也一併予以解決。例如：原告起訴請求某日發生之某筆價金債務，但因原被告間有數筆價金債務，本案審理查知無法區辨這次起訴的是哪筆價金，因此兩造當事人表明於某年某月某日至某年某月某日之全部債務，委由法院決定金額，此時兩造紛爭之範圍擴大，不限定於原告起訴之訴訟標的範圍，可徹底解決紛爭。」(參照前揭書八九七頁)。此係延續自有關證據保全程序上協議(第三七六條之一第一項)被容許之對象範圍應如何界定之概念解說，關於此，在其條文起草研討中曾被指明：某事、物狀態所該當的實體法的法律關係，有時不一定能判斷於證據保全階段，如能認

37 參照司法院編・司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(四)(一九九五年)一五頁以下、一八頁以下、一一五頁以下、一二〇頁及一二六頁。

準此而論，依循程序利益保護原則應用上開新制之方向及結果，亦可能有多樣性，係宜針對事件類型或案情之不同為論斷之問題，以下試舉例說明之：

①宜容許兩造僅就某事實或證據，成立合意將其委由調解委員（具有該事證之判斷所需法律外專業知識者）整理、協議簡化爭點<sup>39</sup>，或就某爭點事實（如：有無過失事實、某飼料是否含有導致魚群死亡之成分）為仲裁鑑定，然後以其所得結果為基礎，由受訴法官或調解法官續行原來之本案判決程序或調解程序。此項結果（由調解委員行爭點整理之結果、促成之爭點簡化協議或所下仲裁鑑定判斷）雖非就本案事件之全部所形成，所以尚無從逕認為其屬解決事件之方案或調解條款全部而發生與訴訟上和解、判決相同之效力，但可發生相當於本案訴訟中受命法官行準備程序所形成爭點整理結果（含：簡化爭點之協議）之效力<sup>40</sup>，或如同依證據保全程序上所成立仲裁鑑定協議所下判斷結果之效

為可提示比特定實體法律關係更大的，就等於一整個紛爭。例如新訴訟標的理論所謂的紛爭，當事人雖講不出什麼請求權，但約定就某日發生的車禍，在獲得賠償後，兩造都不再訴訟，此時具體的法律關係就被省略掉了，而就整個紛爭標的全部成立解決事件的協議云云（參照前揭書七〇一頁）。

39 選任具有各該紛爭事件之處理所需法律外專業知識者為調解委員（第四〇六條之一第三項），可發揮掌握真正爭點之功能，此乃新法所指向達成之目標。關於此，請參照前揭「調解程序」（見註23）一九〇至一九一頁。

40 在本案訴訟中受命法官所行準備程序上為釐清爭點，以促成審理集中化而追求程序利益，宜進行受命法官面前之爭點簡化協議或當事人自律性協議，而承認其發生一定之效力。請參照邱聯恭「爭點簡化協議程序之運用方針」（下稱「運用方針」）（前揭，爭點整理方法論）九〇至九二頁、九六至九七頁。

力<sup>41</sup>。因為，此等程序踐行之結果，就其踐行均基於當事人之程序處分意願，並均以成全當事人追求程序利益為目的而言，在各該制度之目的、機能及使用要件上實具有共通性、相類似性，應類推適用相關規定（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一、第三二六條第二項及第三七六條之一）承認其效力<sup>42</sup>，始較能彰顯新法之整體性設計係指向於平衡保護程序利益之精神。

②為更加一層促使程序轉換發揮其助長平衡追求程序利益與實體利益之機能，當事人尚可借重上開調解委員就事實上或證據上爭點踐行程序之結果，作為進行自律性解決事件之基礎。亦即，調解法官或受訴法官可勸使兩造參考該項爭點整理之結果或仲裁鑑定判斷，並以之作為考量如何平衡追求程序利益之基礎，就本案事件全部進行後續協議，而形成兩造均可接納之解決方案，或各試擬終局性解決方案（提案）分別提出，以便作為續行調解（第四二〇條之一）、酌定調解條款（第四一五條之一第一項及第三項）或續行本案訴訟（判決）程序（第四二二條）之參考。<sup>43</sup>如此作為，對於活用上開程序踐行結果，擴大當事人追求

41 關於證據保全程序上協議與爭點整理、簡化之關係，請參照前揭「運用方針」九三頁。

42 併請參照上述註35之說明。

43 為借重調解委員運作之程序，使其在一定範圍內，亦發揮爭點整理或仲裁鑑定等機能，而達成保護程序利益之目的，今後尚須面對之課題是：從立法論上，重新檢討第四二二條規定（不得將調解程序中所為勸導、陳述或讓步，作為本案訴訟之裁判基礎等內容之規定）之妥當範圍為何？於新法增訂第四一五條之一第一項、第二項及第四二〇條之一等規定對兩造賦予程序選擇權之今日，在解釋論上，是否不應復認為第四二二條規定含有不許兩造合意予以排除或限制適用之意旨？

究其實，於此應探討的問題是，為達成助長當事人追求程序利益之目的，應否重新界定或宜如何調整本案訴訟程序與調解程序之關係？

程序利益之可能範圍，並賦予程序保障，係屬必要而有益，且可

一般而言，調解程序係著重於促使當事人真能本於其行使程序處分權及實體處分權之意思，自主決定如何處理、解決紛爭。為此，除應於調解程序上儘可能使當事人能獲得充分資訊，以便作成該項決定以外，並有必要設法擔保當事人在該程序上所為陳述或讓步，不致在調解不成立後之訴訟程序，被援用為作成對其不利判斷之基礎，此亦為向來所謂非連續說所持論據〔關於其介紹，請參照邱瓊如「家事事件審理程序之新建構」（台灣本土法學第三八期，二〇〇二年）一八頁〕。從此角度觀之，第四二二條之規定尚具規範意義，而可發揮一定之作用。

可是，從另一方面言之，在調解程序與訴訟程序均由同一法官運作之情形（參照第四一九條第一項及第四項所定調解不成立時應命就本案訴訟為辯論之情形），該法官常較能了解兩造之事實主張及案情，而某程度釐清、掌握爭點，所以如能以之為基礎或集中於此進行後續之訴訟程序，對於避免當事人重複付出勞費（因前後程序之運作者不同而需重複陳述、說明所致負擔增加）及節省司法資源，均有助益（此亦有關於向來日本所謂連續說就家事調解及審判程序之關係所提論據，關於其說之介紹，請參照前揭文），而可迎合依循程序利益保護原則所為目的追求。因此，為賦予當事人有追求此項程序利益之機會，應認為在新法容許當事人經由爭點簡化協議程序〔參照前揭「運用方針」（見註 40）七七頁以下之說明〕行使程序處分權之前提下，於其有所行使之範圍內，無須受拘於第四二二條之規定，因為此規定所保護之利益，並非不許當事人予以處分。可認為屬於此範圍之情形有如：在調解程序上兩造就本案訴訟所涉事項成立爭點簡化協議時、兩造已形成爭點整理之結果時（兩造就何事項為爭點已形成共識時）、兩造有將調解程序上所呈資料作為訴訟程序上裁判基礎之表意或協議時（有意排除或限制適用第四二二條之規定時）。抑且，為善盡保護程序利益之職責，運作調解程序之法官，宜活用程序指揮，儘可能促使當事人達成上開協議。此時，對本案判決程序而言，調解程序乃兼具準備程序之性質，而發揮爭點整理、爭點簡化以促成審理集中化之機能。在能借重此項機能發揮之情形，將更可認為新法雖擴大適用調解前置主義之紛爭事件範圍（第四〇三條），但並不因此對於被擴大適用之紛爭當事人，過度造成程序上不利益（於先經調解卻不成立時，其可能導致當事人獲得本案判決之時期被延後之不利益）。

使法官（各該調解程序或訴訟程序之運作者）就涉及上開結果之事項，無須再重複花費過多勞力、時間掌握案情，是亦有助於節省司法資源，彰顯新法改採爭點集中審理主義之精神（宜進行計劃性審理，而將本案審理程序劃分為爭點整理階段與證據調查階段等意旨）。<sup>44</sup>

③相較於仲裁法明定仲裁庭於當事人明示合意時，始得適用衡平原則為判斷（仲裁法第三一條）之情形，未如此明定之上開準仲裁（由調解委員或法官為調解條款之酌定），係亦得依衡平法理為酌定，而非必全然依實定實體法就其所設要件事實之存否為一一嚴密之認定、判斷。從此而言，新法就酌定調解條款之情形，由於其未必須先要求當事人針對實體法所設要件事實為主張、舉證之故，可謂為當事人預留有較多追求程序利益之空間，而較諸依仲裁法求為判斷或循訴訟程序求為判決之場合，更有助於當事人主導、掌控紛爭解決之方向（如：更可依各該事件之特性所需，選任會計、建築、醫事或科技等方面專家為調解委員，而非必多支勞費以選任法律專家參與；可視自己之經濟能力，彈性避免為證明要件事實致生額外之勞費）。在此酌定程序，為確保或提昇當事人對「法」之預測可能程度、保障其程序權，除非兩造另有其他合意，為酌定之法官或調解委員應儘可能將其所持有關法評價之見解（如：認為交易社會上有某習慣法存在之見解），適時、適式讓當事人有預測並表示意見之機會。不過，依程序選擇權之法理，當事人亦得合意要求適用實定法，並選任此方面法律專家為調解委員，使其參與酌定調解條款。此時，仍應

44 關於新法所要求之計劃性審理，請參照前揭「爭點整理方法論序」（見註 10）六五頁。

比照上開說明適度保障程序權。

④在本案訴訟程序，如其需借重法律外專業知識始較能妥為整理爭點或認定爭點事實時，兩造得合意移付調解同時合意選任該方面專家為調解委員，並委由其酌定調解條款。此即兩造併就移付調解與委請酌定調解條款等二程序，一舉為程序選擇之合意，以加速達成追求程序利益之目的，亦符其保護原則，應屬可許。抑且，為貫徹此原則，就涉及該類爭點之事件（如：因建築或醫療事故所引發之調解事件或訴訟事件），其受理法官（如：受理訴訟事件或依第四〇三條規定處理調解事件之法官）亦宜運用程序指揮權，將上開程序利益曉諭當事人，勸導其為如上之自主性程序選擇。

## 二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則

### （一）酌定損害賠償額之指針

新法要求受訴法院就損害賠償請求之訴，於當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有困難時，應審酌一切情況，依所得心證定其應為賠償之數額（第二二二條第二項）。此項規定，係要求法院於審理損害賠償請求事件時，應以平衡保護程序利益（避免或節省因就舉證上有困難之損害額為證據調查、證明致生勞費付出，亦即伴隨於該項困難舉證之勞費被避免付出時所得利益）與系爭實體利益為指針，亦屬認知程序利益保護原則而予以落實之明文，不應被誤認為其係本於僅以減輕法官負擔為務之訴訟經濟原則，自不得作為使法官怠於調查證據獲得正當化根據之藉口。因為：①增設此項規定之立法理由固已表明，就「損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額

或證明顯有困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，……」等旨，其意係以避免對原告要求過苛，而便利其訴求為目的，所以其中所謂訴訟經濟自係指涵蓋當事人之程序利益者而言，並非以減輕法官負擔為務者。

②此項要求法院保護當事人程序利益之意旨，如從有關增設該項規定之提案、起草及研議過程觀之，益屬瞭然。亦即，在此過程，係亦以程序利益保護論為研議之理論基礎，其方針為：「鑑於損害賠償事件，原告就損害額往往遭遇舉證困難，為謀訴訟經濟，促進訴訟並平衡追求節省勞力、時間、費用等程序上利益，應授權受訴法院得在當事人所主張之事實範圍內，依衡平之法理，從多項可能評價之損害額中，適當選擇其一為裁判。此項制度並非轉換當人之舉證責任，而係擴大法院有關證據調查之裁量權，減輕當事人及法院之負擔，在當事人就損害存在及損害額有爭執之前提下，衡平形成權利。因此，應依上旨制定條文，並斟酌以下各點：1、不宜將不能證明損害一事列為要件，至多只能將證明顯有困難列為要件。2、在當事人不爭執之範圍內，法院應受其拘束，法院不得酌定損害額。3、……法院之裁量權不應包含責任發生原因（違法行為之存在與否及故意過失之有無）。4、法院之裁量行為不僅是判斷過去事實存在與否之行為，同時亦具有形成、創設權利之性質（確認性兼形成性）。5、增設此規定，可能同時具有緩和適用本法（筆者按：於今而言，係指舊法）第二百二十二條第二項規定（應記明得心證之理由）之意味。由此，如何確保當事人在法院為裁量之程序過程中，能有充分之辯論或陳述意見之機會，似亦應同時加以顧慮。」等旨。此項研議方針係同於如上「一、（一）2」所述研議第二四四條第四項規定時所本之法

理基礎。<sup>45</sup>

③由於我國新法係立足於上述意義之訴訟經濟及程序利益保護論之觀點，且與第二二二條第二項配套併設第二四四條第四項之規定，所以雖然新法所增訂第二二二條第二項在外觀形式上類近於德國民事訴訟法第二八七條第一項及奧國民事訴訟法第二七三條等規定，卻未仿德國同條第二項為規定（此項規定為：在財產上紛爭，當事人間就債權額有爭執，如要完全查明其準以判斷之一切情況，相較於系爭部分之債權價值，將伴生不均衡，不相當之困難時，準用同條第一項之規定，由法院酌定之等旨），仍應理解為應從平衡兼顧程序利益與系爭實體利益之觀點，解釋、運用我國第二二二條第二項之規定；並可能從同一觀點，將同條項之規定類推適用於其他相類似之情形（例如：命為鑑定所需勞費付出即所伴生程序上不利利益，將與系爭實體利益失衡時，得類推適用該項規定為處理；亦可改為依第三六七條之一之規定訊問當事人本人或改採其他更能節省勞費之證明方法），此乃由於依循程序利益保護論及程序利益保護原則所應然之解釋論，不應因新法未同時仿上述德國法第二八七條第二項增設規定而受不必或不得適用該原則之困限，是與日本新法之運用論有異。按：日本新法第二四八條雖亦增訂近似於我國新法第二二二條第二項之規定，惟因其未併仿採上開德國法第二八七條第二項規定之故，遂被批評為其立法欠缺訴訟經濟之觀點<sup>46</sup>。可是，此項評論尚難適用於我國新法之情況，因我國新設上開規定，乃係以開展於我國之程序利益保護論為法理基礎，而認知程序利益保護原則，自與

欠缺此項理論支持之日本新法有所不同。況且，如上（「一、（一）2」）所述，日本新法未配套併設如我國新法第二四四條第四項之規定，二者間之理論思想背景及制度配套尚有不盡相同之處，不應僅從法律規定之形式表面上為論斷。

從而，應依程序利益保護原則及其所源自之程序利益保護論，開展今後有關第二二二條第二項及第二四四條第四項之解釋論<sup>47</sup>，既不宜無視我國新法制訂時所處之理論思想背景具有獨特性<sup>48</sup>，亦不應遽行論斷我國新法係全然仿自德、奧或日本等國法。亦即，受訴法院應依循此項原則進行審理、運用訴訟指揮或闡明活動，就損害數額之酌定，賦予當事人有平衡追求程序利益與實體利益之機會，防止發生促進訴訟的突襲。例如，①在當事人主張訴之聲明所示損害額已能證明或其證明有重大困難（含：倘強使為此項困難之證明時將伴生不相當之勞費付出者）之情形，就是否可認為有關損害額之心證度已到達證明度或其能到達之數量上確實率為何一事，法官應將其所形成之判斷（暫定性判斷，即法官就有關某損害額存否之心證度及證明度所抱持之見解），適時（在調查證據之前或調查某程度證據之後）向當事人開示（表明、公開），以便整理、協議簡化事實上、證據上爭點或促使當事人為攻擊防禦，藉以防止發生突襲性裁判，並賦予原

47 關於此類解釋論，請參照邱聯恭「工程承包契約所生違約金請求事件之爭點整理」（前揭·爭點整理方法論）一六八頁。

48 從此角度觀之，今後不宜將德國或日本之解釋論原樣移用於我國。因此，駱永家「損害數額之認定」（月旦法學雜誌六四期，二〇〇〇年）一四頁以下從日本法之規定，以及姜世明·新民事證據法論（二〇〇二年）二七八頁以下從德國法之規定，分別就我國新法第二二二條第二項所施解釋論，是否已意識到本文所述新法之理論思想背景具有獨特性、有無充分探求其立法旨趣，尚有進一步討論之餘地。

45 參照前揭「修正彙編(中)」(見註 18)二〇二頁、二一五頁以下，以及上述註 18 之說明。

46 為此項批評者有：坂本惠三·前揭(見註 21)二三〇頁。

告有依第二五五條第一項第三款規定為擴張或減縮聲明之機會。

②在當事人未為上開主張或原告係依第二四四條第四項規定表明最低金額之情形，亦應為如上所述之開示，以達成同一目的，並賦予原告有依同項規定為補充聲明之機會。法官為此類開示時，較諸未為如此開示之場合，當事人就如何平衡追求程序利益（如：因法院誤認為證明無重大困難以致為該項舉證，終於伴生勞費付出一事被防止時，所可能獲得之利益），將獲得更能為適當完全之辯論、陳述，或更有補充提出事實、證據之機會。此項機會之賦予係闡明方式之一種，亦屬法官依第一九九條所負有關事實上及法律上問題之闡明義務，所以法官之闡明權行使，亦須依循程序利益保護原則。

要之，有關第二二二條第二項所認損害數額之法院酌定，不論其是否具有法評價性或事實認定性，或兼具此二方面性質，均可能因其程序之進行涉及如何保護程序利益之問題，所以應賦予當事人有予以追求之機會。於此，宜留意：由於當事人雖可能舉證卻怠於為之者，並不該當於同條項所定「不能證明」或「證明顯有重大困難」之要件<sup>49</sup>，所以如何充分賦予當事人有提出事

49 何種情形可認為該當於所謂損害額之證明顯有重大困難，係亦尚待判例法形成之事。一般而言，可想像有種種情形屬之。例如：相較於系爭損害額之大小，舉證所需勞費（所伴生程序上不利利益）顯不相當而有失衡之情形；由於欠缺市場性，以致甚難掌握其交換價值之情形；多數紛爭當事人介入事件中，以致頗難予以分別估算之情形。更具體言之，例如：某建築物雖確因某次火災而受有損害，但因就該建物本身年久失修所致折舊損害部分與因該次災害所致燬損部分，無從予以明確識別區分之場合；因火災或水災所致家俱日常用品受損害之場合；因企業經營者形象惡化所致販賣成交量低落而受損害之場合；裝置整箱內各種價值不等藥品確已受侵害，但甚難逐一予以估計而合算之場合〔上列例示，係以筆者曾任法官多年從事民事審判業務所積實務經

實、證據之機會，以防止發生突襲一事，對於程序利益保護原則之貫徹，實具有決定性之意義。至於準據上開新法制定時之方針或立法旨趣，應如何就該項規定所認法院酌定行為加以定性、其適用之對象範圍為何等問題之處理，則非本文之主要目的，於此不加深論。<sup>50</sup>

## (二)小額事件之認事用法方針

新法增設小額訴訟程序之理由為：對小額「事件而言，（向來既存之——筆者）簡易程序仍嫌繁複，難以達成小額事件之處理程序應簡速化、平民化及大眾化之需求。為貫徹憲法保障人民財產權、訴訟權之精神，讓一般國民就其日常生活中所發生之小額給付請求事件，能循簡便、迅速、經濟之訴訟程序獲致解決，以提昇國民生活品質……」等旨，係將其建構程序整體之法理依據，植基於憲法上有關基本權之保障規定，而以造益小額權利人及一國民為謀求程序經濟之目的。從此可知，小額事件審理程序之整體建構，係指向於將其程序之經濟、迅速化所得利益歸屬當事人，而賦予其有追求程序利益之機會，非為減輕法院負擔。此項立法雖亦參考外國之立法例，但係受開展於我國之程序利益保護論所前導，亦採認程序利益保護原則。<sup>51</sup>

驗為基礎，並參考日本最高裁判所事務總局民事局監修，民事訴訟手續の改正関係資料（一九九六年）一二二頁〕。

50 目前，此方面之相關闡述，請先參照前揭「程序選擇權之法理」（見註7）六七頁內註18之(1)所說明；前揭「集中化」（見註14）二四五頁；邱聯恭「向來舉證責任論所忽略之省思觀點」（「民訴研討(六)」）一六八至一七〇頁。

51 在我國，關於小額訴訟程序之創設，係如何經邱聯恭自一九八八年起十年間，先後在司法院所召開全國性司法改革會議（委員會）之一再

循此方針，新法遂規定，於小額事件，經兩造同意時，或調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當時，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判（第四三六之一四）。其立法理由謂：「小額事件之訴訟標的金額或價額較小，費用相當性之要求益形重要，為避免法院耗費太多時間、費用調查證據，致不符小額事件當事人之訴訟利益，……（或）與當事人之請求顯不相當者，法院（亦）得不調查證據，而審酌一切情況，依所得心證認定事實，為公平之裁判。」等旨，可知其意係以保護當事人之程序利益為主要目的，乃一方面賦予當事人兩造共享程序選擇權，由其自行較量、決定如何平衡追求程序利益與系爭實體利益，選擇是否行證據調查程序<sup>52</sup>；一方面則委由法院在一定條件下，裁量、決定如何平衡兼顧該二利益之保護。

<sup>53</sup> 此項旨趣，係於起草、立法過程經認知程序利益保護論而來，

提議；在司法業務研究會陸續以開展於我國之程序利益保護論為基礎，闡述小額訴訟及簡易訴訟之前導法理；又在司法院民事訴訟法研究修正委員會，依該項法理參與研擬相關立法原則及個別條文；然後在立法院，就相關法案為審議聽證時加以解說等過程，請參照司法院編，司法改革委員會會議實錄上輯（一九九六年）二六四頁以下；邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」〔司法院編，民事法律專題研究（七）所載一九八九年十一月司法院第十六期司法業務研究會講稿，經收錄於前揭「司法現代化」（見註 4）〕（下稱「小額訴訟」）二六九頁以下；同「簡易訴訟之基礎理論」〔司法院編，民事法律專題研究（八）所載一九九〇年十一月司法院第十七期司法業務研究會講稿，經收錄於前揭「司法現代化」〕三一八頁以下；司法院編，司法院民事訴訟法研究修正修正彙編（一九九六年）（下稱「修正彙編」）五一五頁以下、五三一頁以下；立法院院總第六五七號政府提案第五七八六號之一「議案關係書」討二三五頁以下。

<sup>52</sup> 關於如此規定之思想背景，請參照前揭「程序選擇權之法理」（見註 7）六九至七〇頁註 19 內(1)g 之說明。

且試圖將前述第二二二條第二項規定就金錢損害賠償請求事件之酌定損害額所採職權裁量法理，予以採用於小額事件而一般化（不限於損害賠償事件）。<sup>54</sup> 因此，有關此二類事件之新法，從該項法理及程序利益保護原則之採認而言，實具有共通之法理基礎，應準此解釋、運用上開規定。

其結果，由於上開規定，係以平衡保護當事人之程序利益為目的，而容許且要求法院應適用上開原則審判小額事件，所以其程序之內容及其運作應有之取向為：①法院應適時賦予當事人有優先追求程序利益之機會，以防止發生促進訴訟的突襲。例如，在兩造合意求法院不調查證據逕為公平之裁判時，原則上法院應尊重該項有關程序選擇權行使之合意，而審酌已呈現於程序上之一切資料、情況，依法官所認經驗法則及衡平法理為裁判。此時，縱使法院認為其調查證據不致付出太多勞費，亦不宜逕行為之，否則即屬促進訴訟的突襲。為免致此，宜為適當之闡明，俾當事人獲得可用以較量程序利害與系爭實體利害之資訊，受保障其程序選擇權。

②在兩造未有上開合意，但法院卻認為調查證據所需勞費付出與當事人之請求（系爭實體利益）顯不相當時，宜儘可能經由闡明使當事人知悉法院認為不調查證據之理由（調查證據所可能伴生之程序上不利益為何），如能藉此助益促成當事人達成上開合意，則基此所為裁判，將更可獲得當事人之信服。尤其，當事人聲請調查證據時，法院行上開闡明，係為整理證據上爭點以防

<sup>53</sup> 關於如此規定之法理基礎，併請參照前揭「程序選擇權之法理」六七至六九頁之註 18 內(7)之說明。

<sup>54</sup> 參照前揭「修正彙編」（見註 51）五一五頁、五一七頁以下；前揭「小額訴訟」（見註 51）二八六至二八七頁。

止突襲所必要。因為，法律容許法院得不調查證據，而採職權裁量法理於小額事件之審理程序，係一種程序法上非訟化，而以達成簡速裁判、保護程序利益為目的，<sup>55</sup>並不同時意味其審理不須滿足程序權保障之要求。<sup>56</sup>況且，為保護當事人之程序利益，法院亦可經由上開闡明，使當事人認識小額事件具有需求達成上開目的之特性，尚宜採用兩造會同證人於公證人面前作成陳述書狀而予以提出之方式（第三〇五條第二項、第三項），然後命行此方式。<sup>57</sup>

③在兩造未有上開合意時，法院在取捨、判斷應否或如何調查證據以前（第二八六條），應先行整理爭點，並將其所認爭點曉諭當事人（第二九六條之一第一項），使陳述意見，以免進行不必要或無關連性之證據調查，而簡化爭點或促成上開合意（爭點簡化協議之一種）、平衡保護實體利益及程序利益。<sup>58</sup>

④法院依本條規定適用職權裁量法理時，係就其認事用法，均被要求依循程序利益保護原則及費用相當性原理。<sup>59</sup>就事實之調查、認定程序而言，因適用該原則之結果，法院在認為調查證據所需時間、費用（所伴生之程序上不利益）與當事人之請求額（系爭實體利益）顯不相當時，既得不調查證據，亦得僅調查較不致伴生程序上不利益之證據，或改採可資節省勞費以保護程序利益之調查程序。此即在一定條件下，為貫徹程序利益保護

原則，乃限制辯論主義之適用範圍，不調查當事人所聲明之證據。例如：可依職權裁量改為使提出在公證人面前作成證人陳述書狀之方式，或使用有聲音及影像相互傳送之科技設備為訊問（第三〇五條第二項、第三項或第五項）；亦可依職權裁量決定採同類方式訊問當事人本人或通知其到庭用言詞為之（第三六七條之一及第三六七條之三準用第三〇五條）。此時，宜留意新法就小額事件設本條之特別規定，乃通常訴訟程序及簡易訴訟程序所未有，而且，在具備本條所定要件下，既容許法院可全不調查證據，自可依舉重明輕之理予以解為，其意係包含法院可酌採其認為適當之程序或方式調查部分證據等旨在內。亦即，應解為新法經由本條規定之增設，已容許法官裁量採用自由的證明程序<sup>60</sup>，此乃由於新法之立法者認為，相較於通常訴訟程序及簡易訴訟程序而言，小額事件之審理程序更加一層需求保護程序利益。因此，可評價為，上開新法之意義係涵蓋：就小額事件之審理，提高法官應致力貫徹程序利益保護原則之程度。

⑤就法律之適用而言，基於程序利益保護原則及費用相當性原理，本條在其所定要件具備時，係容許且要求法院依職權裁量為公平之裁判。此即容許法院依衡平法理為裁判，而非必完全依實體法先行一一認定其所定要件事實存否，然後始得為裁判（雖亦以實定實體法為裁判規準，而採三段論法予以適用，但尚得考量其他相關要素為裁判）。於此，新法係就小額事件擴大法官裁量之可能範圍，而在此範圍內使實體法上要件事實更形抽象化、概括化，為一種實體法上非訟化，是與非然之通常訴訟事件或簡

55 參照前揭「小額訴訟」（見註 51）二八四頁。

56 參照前揭「司法現代化」（見註 4）一二三頁內註 54 及一三二頁之說明。

57 併參照前揭「小額訴訟」（見註 51）二八五頁；前揭「民事訴訟之目的」（見註 18）一八七頁內(3) a 之說明。

58 參照前揭，爭點整理方法論二四頁、八三至八四頁。

59 參照前揭「小額訴訟」（見註 51）二七二頁。

60 參照前揭「小額訴訟」二八五頁；前揭「民事訴訟之目的」（見註 18）一八七頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第五十次研討會之闡述（「民研討」一三四至一三五頁）。

易訴訟事件有異，所以法官依本條規定所為裁判係兼具有非訟裁判性；又，就可適用衡平法理而言，其亦具有仲裁性。<sup>61</sup>在作成此項裁判之過程，為貫徹程序利益保護原則，如從當事人所聲明之證據難迅速發現事實，而可能導致當事人蒙受失衡之程序上不利益時，既得依職權調查證據（第二八八條第一項）或蒐集裁判之基礎事實、資料（併參照第二七八條第二項前段）；又就某系爭之實體法上要件事實之存否，為避免因其調查證據致使蒙受該項程序上不利益，亦得逕適用衡平法理為裁判，而不必就其所涉過去事實加以嚴密證明。

當然，為儘可能確保當事人對審理方向及裁判內容之預測可能性，防止發生突襲性裁判（含：發現真實的突襲及法律適用的突襲），在上開裁判之形成過程，法院亦應適時賦予當事人有陳述意見或辯論之機會（第一九九條、第二八八條第二項及第二七八條第二項但書）。<sup>62</sup>在賦予此項機會時，法官倘能致力分析該事件之認事用法上存有何種可能招致程序上不利益之因素，提示追求程序利益之誘因（如：併將第八三條第二項及第八四條第二項有關和解成立或起訴撤回時得退還裁判費二分之一之規定內容曉諭當事人——此二項規定，亦為賦予當事人有節省費用付出即追求程序利益之機會，指向於貫徹程序利益保護原則），使當事人得能更確切評估、較量所涉實體利益及程序利益之大小，則促成和解之機率亦將隨著提高，如此將更能貫徹新法就小額事件採調解前置主義之精神，亦即使當事人更有機會優先追求程序利益（第四〇三條第一項第十一款）。<sup>63</sup>

例如，送洗衣物之客戶甲為原告，列洗衣店老闆乙為被告，起訴主張：乙造成甲於某日所送洗之西裝受損壞三萬元以上，請就此紛爭事實審判，甲對乙有何可主張之權利，為此聲明求為判決命乙賠償甲至少三萬元云云。於此小額事件，縱使甲未能表明其係基於債務不履行或侵權行為之損害賠償請求權提起本件訴訟，受訴法院亦應認為起訴已表明訴訟標的及訴之聲明（第二四四條第四項前段及第四三六條之二三準用第四二八條第一項）。在其本案審理過程，縱使甲依辯論主義主張其如何送洗西裝、終致西裝如何受損壞，如果對其主張乙有爭執時，在甲未能提出客觀證據或其所提證據之調查需多勞費付出（如所需鑑定費太高）等類情形，為保護程序利益、貫徹費用相當性原理，受訴法院得訊問當事人本人（第三六七條之一）以查明送洗西裝之來龍去脈，參酌送洗單據之有無或如何記載，依法官所認經驗法則及衡平法理（一般社會通念），適用處分權主義在三萬元以下，酌定乙應否負賠償責任及賠償金額，並就此賦予當事人有陳述意見或辯論之機會，而不必受拘於法律就一般通常訴訟事件所需求到達之證明度或所須嚴守之舉證責任分配法則。此時，如法院就系爭事實之存否，形成五分五分之心證時，得按心證之比率為折半賠償之裁判，而不必為未達證明度之判斷。又，倘法院得心證認為乙應賠償三萬元以上始屬公平時，則應為闡明使予甲有補充聲明（請求額）之機會（第二四四條第四項後段），以符處分權主義之要求。

61 參照前揭「小額訴訟」二八六至二八七頁。

62 併請參照前揭「司法現代化」（見註4）一四六至一四七頁。

63 併請參照前揭「調解程序」（見註23）一八七頁。

## 參、程序利益保護原則之合目的運用

### 一、當事人行為及律師活動之目標設定

#### (一)經由主導劃定訴訟上請求範圍之利益追求

程序利益保護原則係容許當事人自起訴時起，即得經由訴訟上請求（第二六六條第一項第一款規定所謂「請求」，含第二四四條第一項第二款及第三款所要求表明之訴訟標的及訴之聲明）之選擇、劃定，以追求程序利益。此項選擇、劃定之權能及責任，在採用處分權主義而承認原告有主導權、程序處分權之訴訟架構下，係歸屬於原告，此亦基於保障訴訟權之訴訟制度本質上理由所應然，尚無對被告是否不公平之問題。<sup>64</sup>當然，基於該項處分權，原告亦得與被告達成選擇訴訟上請求之合意（協議），藉此兩造可協同追求程序利益（將可能伴生程序之上不利益之部分排除於外，而不予以列入訴訟上請求範圍之內）。<sup>65</sup>

上開由當事人行使程序處分權<sup>66</sup>以主導追求之程序利益，通常可運用有關訴訟標的之特定<sup>67</sup>或訴之合併提起（參照第二四八

64 前揭「程序選擇權之法理」（見註 7）七〇至七一頁；前揭「機能演變」（見註 14）八五頁以下；「民訴研討(4)」一七八頁；前揭「司法現代化」一三五頁以下。

65 相關事例之析述，請參照邱聯恭「爭點整理與試行和解之關係」（前揭「爭點整理方法論」——三至——四頁；前揭「爭點整理方法論序」（見註 10）五五頁。

66 參照前揭「司法現代化」一三四頁。

67 關於起訴時如何表明、特定訴訟標的，請參照前揭「爭點整理方法論序」（見註 10）九頁以下。

條)<sup>68</sup>等方式獲得實現。而且，如能借助於有此方面專業知識歷練之律師，則其程序利益之保護將更確實，而無待於受訴法官多事闡明。在此前提下，新法增設若干規定，可作為配套措施供用。關於此，以下試舉例析述之：

①原告可選擇將某一含有證明上困難性之實體權，排除於求為本案審判之對象範圍外，而不予以列為訴訟標的，藉此避免蒙受因該項困難所可能伴生之程序上不利益，達成平衡追求程序利益之目的。

例如，在原因事實為甲於某日將其所有之A車，以每月租金某元出租於乙，租賃關係因租期屆滿而消滅以後，乙占用該車拒不返還予甲之情形（下稱此種含所有及出租之主張事實即競合原因事實為「較大原因事實」），如果甲為原告，列乙為被告，起訴聲明求為判決「乙應將A車返還予甲」，但認為要證明該項租賃契約存在（就A車為標的物、每月租金額為某元等事實，在甲與乙間曾有一致之意思表示）有實際之困難，為其證明將伴生不相當之程序上不利益時，則可選擇僅將所有物返還請求權（以上開A車為甲所有、卻遭乙占用不還之原因事實所特定之實體權，以下略稱其為a權利，而稱此項不含出租事實之內之原因事實即非競合原因事實為「較小原因事實」）作為訴訟標的，而不求其受訴法院併就租賃物返還請求權（下稱b權利）存否為審判，藉此追求程序利益（因不必付出勞費就該當於b權利發生之要件事實為證明時所可能獲得之利益）。

②在上開情形，甲亦可選擇提起客觀合併之訴，而將其以較

68 關於訴之客觀合併之型態應如何重整及其如何被借重於追求程序利益，請參照邱聯恭「客觀合併型態之重整及不真正客觀合併型態之認知」（下稱「客觀合併」）「民訴研討(4)」六七頁以下。

大原因事實所特定之權利（含 a 權利及 b 權利）作為訴訟標的。此時，甲基於其程序處分權，就 a 權利及 b 權利，既可為預備合併（將較易證明之 a 權利列為先位請求，以節省勞費付出而優先追求程序利益），亦可為選擇合併（委諸於受訴法院形成心證之結果，使其選擇就能先形成積極心證之權利為判決，而不必再付出勞費證明另一尚未形成肯定心證之權利）。<sup>69</sup> 並且，倘就一個紛爭之解決，利用此類客觀合併之方式，較諸未予利用之情形，對於節省勞費付出、追求程序利益及貫徹紛爭解決一次性之要求，在客觀上係屬必要而具實效性，可是受任為訴訟代理人而代原告起訴之律師卻未採該類方式，終致原告蒙受勞費付出之不利利益（如：為主張 a 或 b 權利而另行起訴時所付裁判費、事證蒐集提出費等）時，應使該律師就此項不利益對當事人負相當責任，始較符程序利益保護原則。

③甲如不諳法律知識或自認難自行為周全之實體法上定性，但有意利用一個訴訟程序徹底解決該紛爭（乙應否將 A 車返還予甲之紛爭），以避免一再就同一紛爭提起訴訟致多生程序上不利利益時，亦可明確表示以上開較大原因事實（紛爭事實）特定訴訟標的，求受訴法院適用其所該當之法律（實體法），判定甲有何可得主張之權利，而就甲所提上開訴之聲明為審判<sup>70</sup>。此時，由於當事人能預測經特定之該訴訟標的將成為決定既判力客觀範圍

<sup>69</sup> 參照註 68。

<sup>70</sup> 併參照前揭「爭點整理方法論序」（見註 10）五三頁、六六頁內註 9 之說明。

又，相較於第二六六條第一項第一款所規定要求記載之事實而言，第二四四條第一項第二款規定為特定訴訟標的所要求表明之原因事實係屬狹義的（參照上述註 17 之說明）。不過，此狹義的原因事實，尚可能隨著原告所陳事實內容之不同而有大小之分，有如本文所例示。

之標準（預告），所以受訴法院所下終局判決原則上應在該項已特定之訴訟標的範圍內發生既判力<sup>71</sup>，藉此達成原告避免另開訴訟程序以追求程序利益之目的。又，在法院就該訴訟標的進行本案審理之過程，當事人亦可基於辯論權就 a 權利或 b 權利為法律上陳述，亦即可於起訴時或起訴後主張 a 權利及 b 權利；或先主張 a 權利，然後又主張 b 權利（第二二一條第一項、第二五六條）。而且，為促進訴訟並提昇裁判之正確性，當事人應儘可能（或借助於律師）為該項法律上陳述（第一九三條第一項）。此類有關 a 及 b 權利主張之陳述，因係以較大原因事實所特定之一個訴訟標的為前提，所以非屬訴訟標的之合併或追加。不過，為追求程序利益，甲亦可求法院先審理較易證明之 a 權利，如認為此權利主張為無理由時，始續其後審理 b 權利。此種型態之合併主張可稱為不真正（準或類似）預備合併<sup>72</sup>，在當事人有值保護之程序利益時，應屬可許。如此理解，不僅為貫徹程序利益保護原則所必要，且亦較符公正程序請求權之法理。

事實上，可採以追求程序利益之上開運用方式（如①至③所述者），如今又經新法增設相關規定予以肯認、補強，而較諸往昔具有更充實之制度內容。亦即：

④新法要求原告起訴時應表明原因事實以特定訴訟標的（第二四四條第一項第二款），亦係為了防止發生促進訴訟的突襲，而可發揮更加明確凸顯本案審判對象，藉以促使審理集中化、防免審理方向及兩造間攻防目標趨於散漫化致生程序上不利利益等機

<sup>71</sup> 參照邱聯恭「債權主張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」（前揭，爭點整理方法論），四〇六頁。不過，此狹義的原因事實尚可能隨著原告所陳事實內容之不同而有大小之分。

<sup>72</sup> 參照前揭「客觀合併」（見註 68）七〇至七一頁。

能。於此，其所謂原因事實，係亦可能指上開較大原因事實而言，並非僅限於上開較小原因事實。所以，究竟表明前者或後者以特定訴訟標的，在採處分權主義而承認原告有程序處分權之訴訟架構下，乃係取決於原告之意願，而由其主導決定之。因此，應解為該項新法係容許通常訴訟事件之原告得經由原因事實（較大的或較小的）之表明，取捨、選擇循上開①或③之方式為訴訟標的之特定，以追求其所伴生之程序利益，而通用於簡易及小額訴訟事件。不過，此項容許，新法為昭慎重而防免其被輕忽，特就簡易及小額訴訟事件增設訓示性規定（第四二八條第一項及第四三六條之二三）加以強調。此類規定，對於通常訴訟事件如何特定訴訟標的（如何理解、適用第二四四條第一項二款）而言，亦具有提醒、補充解釋之意涵。<sup>73</sup>

⑤新法雖要求法官在原告所為聲明及事實上陳述之範圍內，曉諭其得補敘法律關係之主張（第一九九條之一第一項），惟此項以法官為規範對象而加重其闡明義務之規定，係立足於原告有權主導、選擇訴訟標的之特定所需原因事實主張之範圍大小。由於設有此項規定之故，法官應經由該項闡明促使原告行使其有關特定訴訟標的所需原因事實（第二四四條第一項第二款規定所要求者）之主張、選擇權能，並使其就此項行使之結果所負行為責任具體化。為此，就上開①及③所述事例而言，在原告已陳述較大原因事實之情形，原告應回應於法官之闡明，而選擇、決定究竟以基於較大原因事實之法律關係或基於較小原因事實之法律關

係作為選定訴訟標的範圍大小之標準，藉此平衡追求程序利益（請併回顧上述「貳、一、(一)1之闡述」）。本來，此項選定係原告依處分權主義於起訴時所應為。新法係在此前提下增設上開加重法官闡明義務之規定，所以應解為其具有再肯認、強化當事人得循上開①至③所述方式，自起訴時起追求程序利益之意涵，而無待於法官闡明後始為明確之選定，以免因其選定遷延致蒙受程序上不利益。要之，在原告自起訴時起明確選定以較大原因事實所特定之法律關係為訴訟標的時，可避免另開新程序而節省勞費付出，藉以追求程序利益；又在選定以較小原因事實所特定之法律關係為訴訟標的時，可將含有證明上困難之法律關係排除於本案審判範圍之外，藉此節省該項證明所需勞費付出，而可從此項節省中蒙受程序利益。

## (二)經由協議簡化爭點之利益追求

新法增設多種爭點簡化協議程序，容許當事人成立簡化爭點之協議，並承認其具有一定之拘束力，藉以使受訴法院及當事人不須就特定事項為審理及證明活動致生勞費付出，而滿足當事人追求程序利益（因不必就該事項為查證所可能獲得之利益）之目的。此種協議之對象範圍甚廣<sup>74</sup>，而其用以成立協議之程序型態亦具多樣化，可能分別運用於準備性言詞辯論期日、準備書狀先程序、受命法官運作之程序以及起訴前或訴訟外當事人自律運作之程序<sup>75</sup>。

此等程序上之當事人間協議，不論其係借助於法官之協力或

<sup>73</sup> 第四二八條第一項及其準用之第四三六條之二三就簡易程序及小額程序如何特定訴訟標的所為規定，係與通常程序如何特定訴訟標的之一事之間，具有共通之法理基礎。關於此，請併參照「程序選擇權之法理」（見註7）七〇至七一頁內註19之(2)a之說明。

<sup>74</sup> 參照前揭「運用方針」（見註40）八四至八五頁。

<sup>75</sup> 參照前揭「運用方針」八六至九四頁。

由於當事人之主動自律達成者，均屬當事人行使程序處分權、程序選擇權以優先追求程序利益之結果。由於其程序建構係植基於新程序保障論、程序選擇權之法理及其所衍生之程序利益保護論，所以其程序運作係以防止發生促進訴訟的突襲、平衡兼顧、保護程序利益為目的，並非僅為圖謀減輕法官負擔，亦非以一味貫徹客觀實體法為首務。<sup>76</sup>從此角度觀之，可知有關承認上開協議之新法，亦正面認知程序利益保護原則，而以此原則為運用上開協議程序及決定其內容之指針。因此，為追求程序利益，防止發生促進訴訟的突襲（於此，特別是指一造對他造之突襲），當事人宜主動、積極參與簡化爭點之協議，藉以確保、延伸其程序主體地位，而不應無端使爭點複雜化或散漫化，否則即應負一定之行為責任（參照第一九六條、第二六八條及第二六八條之二）。著眼於此，除筆者另文已闡述者外<sup>77</sup>，以下再舉若干應用事例供參考：

①為達成追求程序利益之目的，當事人宜積極增多可資順遂其目的達成之誘因。例如，原告應盡可能於起訴時或訴訟前階段提出準備書狀，載明其請求（訴訟上請求，即訴之聲明及訴訟標的）所依據之事實、理由及相關證據，並將該事實中何部為主要事實（要件事實）、何部分為其關連之間接事實予以分別列明，同時逐一陳述各該事實與所聲明證據之間，在經驗法則上有何關連性及調查必要性。如此作為，不僅係為克盡原告所負一般性促進訴訟義務所必須（第二六六條第一項、第三項及第四項；第二

八五條第一項及第二九八條第二項）<sup>78</sup>，對於使被告儘速認明原告事證主張之內容，俾資以回應（答辯）而促成簡化爭點之協議、追求程序利益，亦屬必要而有益。為增大其成效，原告宜主動依案情繁簡程度，酌採附表方式而連同準備書狀提出事證一覽表，並將其繕本或影本，於言詞辯論期日前儘早直接通知（第二六五條第一項、第二六七條）或以電信傳真等科技設備傳送被告（第一五三條之一），無待於法官之指示或闡明始行為之（第二六八條及其準用之第二七二條）。同理，為順遂上開目的之達成，被告亦宜主動照上述模式提出答辯書狀（第二六六條第二項、第三項及第四項），以便原告資以作成有關簡化爭點之協議、協同追求程序利益，而不止於僅為克盡其被要求履行之一般性促進訴訟義務而已。

②為達成上開追求程利益之目的，當事人宜儘可能尋求律師之協助。因為，如非具備可資以進行法律上構成之相當法律專業知識，將難以照上述要求敘明：主要事實、間接事實及其相關證據各為何、其何以可成為訴訟上請求即訴訟標的（法律關係）及訴之聲明之論據（理由），終將仰賴法官在程序進行中為闡明後始行表明或補充（第一九九條、第一九九條之一、第二六八條及第二六八條之二第一項），而導致訴訟拖延、造成程序上不利利益。此從新法對律師職務之影響而言，依程序利益保護原則，受任為訴訟代理人之律師係亦負有協力迅速進行訴訟、保護當事人程序利益之義務。為克盡此項義務，該律師應照上開方式為當事人撰寫準備書狀或答辯狀，於起訴時或程序之儘早階段提出。而且，當事人亦可要求受任之律師如此提出，並得對於違反該義務

<sup>76</sup> 參照前揭「運用方針」七五至七八頁。

<sup>77</sup> 關於如何借重爭點簡化協議程序以追求程序利益，筆者已另有相當之闡述，請參照上述註 76 說明；邱聯恭「爭點整理與試行和解之關係」（前揭，爭點整理方法論）（下稱「試行和解」）一一二頁以下。

<sup>78</sup> 參照前揭「程序選擇權之法理」（見註 7）六六頁內註 17 之說明。

之律師，請求其就因此所生不利益負責任，藉以追求程序利益、貫徹其保護原則。

③為追求程序利益，一造當事人亦可積極聲請法院命他造當事人，就其未依規定提出書狀或聲明證據之不作為，履行說明義務（第二六八條之二第一項），並於其未盡此義務時，求法院發動職權施加失權制裁（同條第二項），而無待於法院先行使此方面職權。<sup>79</sup> 因為，如此作為，將有助於制止逾時提出攻擊防禦方法、避免續生促進訴訟的突襲。尤其，在律師受任為訴訟代理人，而發生違反上開義務之情事時，受一造委任之律師對於受他造委任而違反該項義務之律師，因易受同業利益相袒護等類意識所影響之故，往往較難積極提出上開聲請，以致不易充分保護一造當事人之程序利益。從此角度觀之，可知程序利益保護原則之貫徹，既有待於律師倫理水平之提昇，亦成為指引其提昇之前導法理。

## 二、法官權限行使之程序利益保護取向

### （一）合併審判制度之程序利益保護機能

新法緩和限制當事人為訴之變更或追加之要件，擴大其制度利用之可能範圍，係提示程序利益保護原則作為受訴法院容許合

併審判之方針。亦即，新法規定，於被告同意或請求之基礎事實同一等類情形，原告不受不得為訴之變更或追加之限制（第二五五條第一項第一款、第二款，第四四六條第一項）。此項放寬限制變更或追加之立法，係以「當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有錯誤，而不能於程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違，……」為理由。而且，於其條文之起草研議過程係認知：其立法旨趣並非僅為解決新舊訴訟標的理論之爭議問題，而係「在於整體的擴大訴訟制度解決紛爭之功能，以謀求訴訟經濟。因此。相關之請求權，應儘可能利用同一程序徹底解決，以減輕全國法官之負擔，以免同一基礎事實發生之請求權一再興訟。……本條之規定，除了在舊訴訟標的理論下，亦可於運用上接近新訴訟標的理論之成果以外，尚可在其他無關訴訟標的論爭之情形，發揮謀求訴訟經濟之作用。例如，原告訴請給付價金，被告辯稱買賣關係已因解除而消滅，雙方爭執之點均在於買賣關係之基礎事實之存否，嗣原告變更為請求返還標的物或為訴之追加，其請求之基礎事實應為同一，此種情形與新舊訴訟標的理論無關，因非請求權競合之情形。又如，原告起訴請求給付本金，訴訟中被告抗辯已清償，雙方就清償部分究係本金或利息有爭執，原告遂又請求給付利息，此種情形，請求之基礎事實亦為同一。諸如此類之情形，如均可涵蓋於本條規定範圍內，則對於訴訟制度功能之擴大及發揮，均有助益。因此，縱未採新訴訟標的理論，在舊訴訟標的理論下，亦應儘可能以所提出之多項請求權，作為判決對象，利用同一程序徹底解決紛爭。」<sup>80</sup>

<sup>79</sup> 在一造當事人未履行書狀提出或證據聲明之義務時，關於其如何負說明義務及應否受失權制裁等事，我國新法非若日本新法採較徹底之自律性程序〔參照前掲「機能演變」（見註 14）一三三至一三四頁內註 80 之說明及前掲「方法論序」（見註 10）六七頁內註 14〕，所以他造當事人為追求程序利益計，宜積極行使聲請權，使法院命該義務違反者盡其說明義務。

<sup>80</sup> 司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（一九九八年，下稱「修正彙編」）三〇三頁、三四五頁。

可知，上開立法之目的係為擴大當事人利用變更或追加制度之可能範圍，使其有更多機會用以避免因另開訴訟程序致蒙受程序上不利益，所以其所謀求之訴訟經濟，實乃以歸屬於當事人之程序利益為主要內涵；其取捨，在適用處分權主義之前提下，係由當事人主導，而非任依法院職權決定。<sup>81</sup>新法將此項主導之權能賦予兩造（被告對原告所為變更或追加之同意）或原告，實亦表明：就法院整體而言，法官不得藉訴訟經濟之名而強使當事人變更或追加以減輕全國法官之負擔；又就個別之法官而言，受理個案之法官不得僅為減輕其個人之工作負擔量而以訴訟經濟為口實，恣意不許當事人所為變更或追加之聲請。在此意義上，容許當事人可多用變更或追加制度以主導追求程序利益之新法，係從訴訟法上觀點，要求受訴法院依循程序利益保護原則判斷應否容許合併審判，而藉此謀求擴大訴訟制度解決紛爭之功能，並減輕法院整體之負擔（因全國受理民事訴訟事件之法官，均依上開立法意旨容許為變更或追加，以致更能避免另開訴訟程序之情事發生，終於獲得法官整體互相減輕負擔之結果）。因此，法官既不應動輒援用向來論者所謂之「訴訟經濟」，以限制當事人為變更或追加，亦不該忽略上開訴訟法上觀點（指向於要求法官保護或寬認當事人追求程序利益之觀點），而僅從實體法上觀點處理有關如何解釋上開新規定之問題。<sup>82</sup>

81 有關此方面立法之評論，請併參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十三次研討會之闡述，載於「民訴研討」五七一頁。

82 新法容許當事人得就請求之基礎事實同一者為訴之變更或追加，係基於訴訟法上觀點，賦予當事人受促進訴訟（追求程序利益）之程序保障。其所謂請求之基礎事實為何，應從訴訟法上觀點加以闡釋，而不宜僅著眼於實體法上觀點（如：為便利法官適用實體法為評價之觀點）為理解。關於此論旨之闡述及相關事例，請參照前揭「爭點整理方法

並且，上開訴訟法上觀點，亦被新法用以修正相關規定，而要求法官改變其向來對於如何處理追加訴之聲請所持態度。亦即，就不備訴之追加要件之情形，新法容許原告得於法院駁回追加之裁定確定後十日內，聲請法院就追加之訴為審判（第二五八條第二項）。此項立法之理由為：「原告追加新訴請求審判時，可能已支出相當之程序上勞費，且該起訴行為亦可能已取得中斷時效或遵守提訴期間等利益，不應僅因其不具備訴之追加要件而喪失起訴之利益。惟原告為訴之追加，原係欲利用原程序請求審判，如追加之新訴經裁定駁回確定，致無法利用原程序時，原告亦非恒有請求就該追加之新訴以另一程序審判之意思，因此，是否就新訴另為審判，依當事人處分權主義，理應尊重原告之意思。」，亦係要求受訴法院應儘可能保護當事人之程序利益、尊重其劃定本案審判對象範圍之主導地位。<sup>83</sup>

不僅如此，上開有關容許合併審判之程序利益保護原則，尚被延伸適用於訴請確認法律關係基礎事實存否之情形。亦即，新法容許原告就法律關係基礎事實存否，在其不能提起他訴訟時，亦得訴請判決予以確認，而肯定其有確認利益，但如得利用同一訴訟程序提起他訴訟者，原告得為訴之變更或追加以求法院合併審判之，審判長亦應如此闡明（第二四七條）。增設此項規定之理由是：為避免該他訴訟遭同一受訴法院逕行駁回，以致當事人須另開訴訟程序始獲解決紛爭，而蒙受勞費重複付出等程序上不

論序」（見註 10）六六頁內註 11 之說明；前揭「學術研討會」（見註 25）二四一頁；許士宦「請求之基礎事實、原因事實與訴之變更、追加」（台灣本土法學雜誌第三十三期，二〇〇二年）三一頁以下。

83 參照前揭「修正彙編」（見註 80）三〇五頁、三八〇頁；「民訴研討」五九四頁。

利益。<sup>84</sup>此實即要求法院儘可能寬認合併審判之請求，而不得推諉事件之本案審理以保護當事人之程序利益。此時之闡明，就其可賦予當事人有利用同一程序請求合併審判，以節省勞費付出之機會而言，係以防止發生促進訴訟的突襲為目的。其結果，經闡明後，當事人將更能獲得機會用以依處分權主義行使程序處分權，而選擇其求法院為裁判之方式，藉此保護程序利益。<sup>85</sup>

84 參照前揭「修正彙編(四)」(見註 80)二四八頁以下、二五七頁及二九二頁。

85 關於如何判斷有無確認利益及如何運用相關之新法上規定等問題，筆者在民事訴訟法研究會第六十四次研討會曾有相當之闡述(「民訴研討(四)」七二頁以下)，強調應從訴訟法上觀點為處理，以平衡兼顧程序利益之保護，而不宜僅留意實體法上觀點。其中，涉及如何保護程序利益之論旨略為：

(1)在探討於何情況下可承認有無確認利益時，尚須考慮如何防止法官濫行駁回起訴的危險性等類問題，因為確認利益是一個不確定法律概念，法官有相當的裁量權，就其裁量上判斷也應防止發生突襲性裁判。因此，縱使對於事實可否作為確認的對象，採否定見解的法官，也應該在當事人求為確認某事實存否或某法律行為有效與否時，行使闡明權，好讓當事人有訂正而利用同一道程序續行訴訟的機會，甚至於以公開心證或表明法律見解的方式為闡明。又，如果法官認為原告所提確認之訴欠缺確認利益，而稍微使其就訴之聲明為擴張或為變更，將求為確認某事實或法律行為有效與否之訴改為確認某權利(法律關係)存否之訴或給付之訴，法院就能下判決的話，法院應適當闡明使為如此聲明。闡明後原告亦可能選用二種方法，其一為仍堅持原本的意見而不利用同一程序改提他訴訟；其二是改為先位聲明求判決確認(仍堅持提確認之訴)，而追加備位聲明為：如法院認無確認利益時，則就法院所認為可以提起的他訴訟，利用同一程序求為裁判。經如此闡明後，原告即有變更或追加聲明而排列先後位聲明的機會，藉以利用同一程序而避免另開他程序，使程序利益受平衡保護。如果不踐行此程序，而一味地將求為判決確認事實之訴一概予以駁回，則將使當事人遭受促進訴訟的突襲。

(2)關於可否以法律關係基礎事實作為確認對象的問題，以有無訂立某

## (二)爭點整理之程序利益保護機能

新法要求受訴法官應行爭點整理(第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款及第二七一條之一)，並為此增設多種爭點整理程序，委由法院予以選用。<sup>86</sup>此項制度設計，係為借重爭點整理程序發揮其所具防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲、助益當事人平衡追求程序利益等機能<sup>87</sup>，亦認知程序利益保護原則。因為，受訴法官運用訴訟指揮權踐行爭點整理程序，既可協助兩造限縮、撤回或避免提出可能引發額外勞費付出(程序上不利利益)之事實主張或證據聲明，亦可防免爭點擴散，

一和解契約的事實為例而言，在其可能牽涉許多請求權的存否時，如果要求當事人就各個請求權分別訴請判決確認，則其使用訴訟制度的花費(程序上不利利益)及法院的負擔皆可能增加。於此，亦有必要從訴訟法上觀點判斷其確認利益之有無，於其確認訴訟(判決)對於直接、徹底解決現存之法律上紛爭為最適切而必要時，可承認其有確認利益，藉此避免分開數道程序個別求為判決致多生勞費付出，而使程序利益及時獲得保護。

(3)在原告於損害額尚未確定或難予表明時，容許其得就給付請求權(義務)存否提起確認訴訟之情形，縱使於起訴時因損害尚繼續發生，其確認之訴為合法，如果至基準時以前，損害額已可確定，而能提起給付之訴時，則自此時起其訴即喪失確認利益，而成為事後的不合法。在此情形，基於防止發生突襲性裁判之要求及公正程序請求權之法理，為保護當事人因程序進行所已取得之程序利益，法院不應違以其訴欠缺確認利益為由予以駁回，而應容許原告變更給付之訴或就此為追加、擴張聲明(第二五五條第一項第二款、第三款、第四四六條第一項但書)；於原告不知或未能預測法院在本案審理中認為損害額已可確定之場合，則應為適當之闡明。

86 參照前揭「方法論序」(見註 10)三一頁以下。

87 參照前揭「方法論序」二四頁；前揭「運用方針」(見註 40)八三至八四頁。

而促成爭點集中審理，藉此賦予當事人追求程序利益（因避免無實益之事證提出所得勞費節省）之機會，彰顯其程序主體地位，並助益達成迅速而經濟的裁判。

為促使爭點整理程序充分發揮上開機能，其運作者即法官，在致力使兩造自律整理並協議簡化爭點（請回顧上述「一、(二)」之說明）之同時，亦應積極就兩造所提事證資料（參照第二六六條），儘可能分析其間所涉實體利益（如：因將某事實作為判決基礎或就某證據進行調查時，依實體法所可獲得之利益）及程序利益（如：因不就該事證為提出或調查時所將導致之勞費節省）之大小輕重，以供當事人為較量、取捨之參考，而進行適當之溝通，俾其用以選擇可資平衡追求該二利益之程序。尤其，為貫徹程序權保障之要求，法官在其就當事人所提事證資料或爭點為何所持理解、認識或判斷（暫定性、假設性或選擇性心證）愈無自信、愈感可能含有誤解或誤判時，愈有必要進行上開分析、溝通，以聽取當事人之意見，尊重其程序主體地位、防止發生突襲性裁判，並防範法官誤判於未然（及時避免為救濟其誤判而需另付出勞費）。況且，依公正程序請求權之法理，原不應要求當事人具有高於法官之知識，尤不得將法官之違誤責任轉嫁於當事人。

其結果，在受訴法官能踐行上開程序時，較諸未然之情形，常更能形成值得當事人信賴之程序，並藉此賦予當事人相當機會，俾其將可能伴生程序上不利益之爭點予以排除，或達成其簡化之協議，甚至使兩造就訴訟標的或訴之聲明成立有助於追求程序利益之協議或和解。<sup>88</sup> 此類爭點整理之結果，既含有法官依新

法意旨致力保護之程序利益，亦為其經當事人行使程序處分權、程序選擇權所獲者，均因認知、依循程序利益保護原則所導致，尚與僅出於圖謀減少訟源或減輕法官負擔之訴訟經濟論者有間，不可不察。

### (三)證據調查之程序利益保護指向

新法就證據之調查，亦明確要求法官保護當事人之程序利益，使其與實體利益均有受平衡兼顧之機會。屬於此類之規定，可被評價為係將程序利益保護原則亦採為證據法則之一，而循此期待、要求受訴法院發現、確定該二利益之平衡點上真實，並使當事人參與其發現、確定之過程，藉此延伸當事人之程序主體地位，由其參與決定所謂「適時審判」及「法」之內涵。為認明此項有關證據調查之新指標，以下試例示析述之：

(1)新法容許兩造合意由受命法官調查證據，而修正向來所採一律由受訴法院直接調查證據之原則（第二七〇條第三項第四款）。其立法理由為：「直接審理主義之目的在發現真實，追求

禦方法之協議或有關訴訟上請求之和解，請參照前揭「運用方針」（見註 40）八四頁以下；前揭「試行和解」（見註 77）一一二頁以下。又，其中所倡程序利益保護論，已被引進於最高法院九十二年台上字第一五四七號判決（載司法院公報四六卷三期）。其謂：「當事人就訴訟標的法律關係前提之權利或法律關係所為之陳述，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前為相同之陳述，倘當事人對之具有實體法上處分權，已充分明瞭該陳述之內容及其法律上之效果，且無害於公益，又經當事人整理並協議簡化爭點者，為尊重當事人之權利主體地位，對於訴訟審理範圍及事實主張、證據提出具有決定之權能，以資平衡保障其實體利益及程序利益，並節省司法資源之付出，應認法院即可以該當事人協議簡化後之相同陳述內容為裁判之依據，無庸再就該相同陳述內容另為調查審認」。

88 關於受訴法官如何經由整理並協議簡化爭點之程序，促成有關攻擊防

實體上之利益；由受命法官調查證據，則能節省勞力、時間、費用，便於追求程序上之利益，而實體上利益與程序上利益何者優先，應尊重當事人之意思，故如兩造合意由受命法官調查證據，應可准許。」<sup>89</sup>此項新法係容許兩造得行使程序處分權、程序選擇權，自主取捨是否委由受命法官就應證事實調查證據，以優先追求程序利益，使其有機會避免蒙受由合議庭調查證據時所可能伴生之程序上不利益，藉此平衡保護實體利益與程序利益，確定二者之平衡點上真實。在此意義上，立法者係將程序利益保護原則結合於直接審理主義，而活化其合目的性運用。<sup>90</sup>

為貫徹新法謀求保護程序利益之上開旨趣，於兩造成立上開合意時，法官應使其對於所涉程序利益為何有預測之機會，俾用以較量該利益與實體利益之大小輕重。為此，法官應先踐行爭點整理程序，以掌握應證事實及其相關連而具調查必要性之證據為何，然後使兩造表明其係就何項應證事實及證據合意委由受命法官調查，藉此儘可能避免該項合意伴生促進訴訟的突襲（當事人在其就該項證據調查將可獲得何程度之程序利益尚未能充分預測之狀態下，成立合意時所遭受之突襲）。<sup>91</sup>

(2)新法除容許兩造得合意使證人於法院外以書狀陳述外，並容許法院在其斟酌各該事件之性質或證人所處狀況後認為適當時，得使兩造會同證人於公證人面前作成陳述書狀提出，以代到庭陳述（第三〇五條第二項、第三項）。其立法之理由為：「直

接審理主義及言詞審理主義固為民事訴訟之原則，但如證人之陳述係以文書或其他資料為內容，而適於以書面為陳述，或依事件之性質或依證人之身分，職業，身體、住居地及其他情況判斷，不宜或無強令證人到場之必要時，為便於法院及當事人能儘速掌握案情並進行爭點整理程序，以達到審理集中化之目標，及避免浪費勞力、時間、費用，以兼顧當事人之實體利益及程序利益，如法院參酌當事人之意見認為適當者，應得准許證人於法院外以書狀為陳述，或由兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀，以代到庭陳述，……」。<sup>92</sup>此項規定亦係為平衡保護當事人之程序利益而設，乃以認知其保護原則為前提，借重此原則指引合目的性修正、運用直接審理主義與言詞審理主義，而導向於致力確定實體利益與程序利益之平衡點上真實。<sup>93</sup>

為貫徹上開新法平衡保護程序利益之旨趣，受訴法院於判斷宜否採行上開書狀陳述方式時，應儘可能先確定對於該證人之訊問事項為何及其訊問之必要性（參照第二八五條、第二八六條但書及第二九八條第一項）、考量使該證人到庭陳述時所需勞費負擔（程序上不利益）與該項訊問所可能導致之實體利益等二者之大小輕重，然後據以判定書面陳述有助於當事人追求程序利益之程度或相當性。此觀上開規定原係依費用相當性原理，為系爭實體利益較小或需求迅速裁判較強烈之簡易及小額訴訟程序而設者（舊法第四三三條第二項及第四三六條之二三），嗣因著眼於平衡保護程序利益之必要性，遂被擴充採用於通常訴訟程序乙事，

89 參照前揭「修正彙編(四)」(見註 80)六六四頁以下及七一九頁。

90 關於此項新法與事實審理制度目的論之關係，併請參照前揭「程序選擇權之法理」(見註 7)六九至七〇頁內註 19 中(1) c 之說明。

91 關於此項當事人之合意與法官行爭點整理之間如何相關涉，請參照前揭「方法論序」(見註 10)四〇至四一頁；前揭「運用方針」(見註 40)九一至九二頁。

92 參照前揭「修正彙編(四)」(見註 24)九一頁以下及一七七頁以下。

93 有關此方面之目的論上評析，併請參照前揭「程序選擇權之法理」(見註 7)六八至七〇頁；前揭「民事訴訟之目的」(見註 18)一八七至一八八頁。

亦可明瞭。<sup>94</sup> 因此，受訴法院命為書面陳述時，應本於保護當事人程序利益之目的，而不得僅出於減輕法官工作負擔（在庭訊問證人之煩瑣或勞力、時間上花費）之意圖。並且，由於當事人就該項程序利益享有程序處分權（參照第三〇五條第三項），所以當法院違背上開新法所定要件而通知證人到庭卻不命其以書面陳述時，或命其以書面陳述卻不依當事人聲請通知證人到庭時，當事人均得行使質問權；如知有違背而不為質問權之行使，則可能發生放棄或喪失質問權之效果（第一九七條）。

從而，為追求程序利益、貫徹程序利益保護原則，當事人應認真對於違背上開規定之法院行為預加質問，藉以促使法院將通知證人到庭之決定，在其已到庭陳述以前，改為命其會同兩造於公證人面前作成陳述書狀提出。為充分賦予此項追求程序利益之機會，並為減輕法官訊問證人之負擔而謀求其所涉訴訟經濟，法院於存疑或初步認為似宜採該書狀陳述方式時（如：在證人為從事於專門性職業而業務繁忙之律師或醫師時，認為其書面陳述在客觀上可信度似相當高者），應儘可能先使兩造就宜否採該方式表示意見，以便及時避免作成可能伴生促進訴訟的突襲之證據裁定。此外，法院可酌定相當期間（參照第二六八條）使兩造將有意訊問（使證人陳述）之事項予以列明於書狀提出，然後由法官行證據上爭點整理，而匯集為一份訊問事項書提示於兩造，供其會同證人至公證人面前陳述時之用。

(3)在當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法通知，而於言詞辯論期日不到場爭執，亦未提出準備書狀或在其他

期日以言詞為爭執時，新法增設規定，予以準用有關視同自認之規定（第二八〇條第三項）。在其起草研擬時所被提出而導致成案之理由謂：「……（如）增列本項規定，（則）法院審理訴訟之過程中，當事人比較能採取審慎之態度，原被告才不會把法官之審理認為不重要，最少當事人會更認真提出準備書狀出來，對於審理集中化有益……可促使當事人認真提出攻擊或防禦方法，減少法院開庭之次數，從訴訟促進功能這點而言，可保護正當當事人之權益，並且合乎德、日立法潮流，既不影響當事人之權益，也重視訴訟為一集團之現象，由於許多人要使用法院，所以不能於進入訴訟程序之後，又容許當事人於審理中漠不關心或掉以輕心以充實審理之內容。有本項之規定，單就促進訴訟這點而言，原被告不僅可以減少訟累，法官亦可減輕工作負擔。」<sup>95</sup> 此項立法意旨，已表明上開立法之主要目的係為保護當事人權益，而附帶謀求公益維護層面上訴訟促進或訴訟經濟之要求。其中所謂「當事人權益」主要係包含程序利益（非僅限於法官之勞力、時間），所以該規定亦認知程序利益保護原則。此項利益所繫事實之提出與否，原則上乃取決於當事人，而屬其得處分之事項。又，當事人所享程序利益，亦涵蓋於上開理由中所謂之「促進訴訟」內，所以其與德、日論者一般所指稱之「促進訴訟」概念乃偏重指向於謀求公益維護層面上訴訟經濟（司法資源之節省）者，係互不盡同，宜加留意。

因此，關於擬制自認所生法律效果之問題處理，今後不應僅偏重公益維護層面上訴訟促進之觀點，而應本於上開立法意旨，

<sup>94</sup> 參照前揭「民事訴訟之目的」；前揭「修正彙編(五)」(見註24)九一頁以下。

<sup>95</sup> 參照司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(五)(一九八九年)一二四九至一二五〇頁。

從貫徹程序利益保護原則之立場，為解釋、適用相關規定。其結果，應認為：第二八〇條第三項之規定，係就當事人所得處分之事項，以保護當事人之權益（實體利益及程序利益）為主要目的，所以原則上兩造得行使程序處分權，成立協議以排除擬制自認所生法律效果。此項協議亦屬爭點簡化協議之一態樣，在擬制自認該當性判定過程（就第二八〇條各項所定要件事實即評價根據事實為判定之程序上），兩造亦可成立爭點簡化協議（合意使一造可再爭執被指為已生擬制自認效力之事實），以平衡追求程序利益（節省或避免因該評價根據事實之審理所致勞費付出）。況且，指引如此處理上開問題之方針設定及其論據，實亦可綜合尋求於：新法明認爭點簡化協議（第二七〇條之一、第二六八條之一第二項及第二七一條之一）、證據保全程序上協議（第三七六條之一第一項）及容許合意撤銷自認（第二八〇條第三項準用第二七九條第三項）等規定之立法意旨。

又，循上而論，為貫徹程序利益保護原則，並附帶達成公益維護層面上促進訴訟，應認為：擬制自認之對象事實亦含間接事實，非必限於實體法上要件事實。亦即，在採行爭點集中審理主義而踐行爭點整理之程序上，特定狀況下之間接事實，亦可成為擬制自認之對象事實。通常，在踐行爭點整理程序後，具備一定條件下，始應處理或判斷有關是否該當於擬制自認（擬制自認該當性判斷）之問題。否則，如在未經爭點整理而釐清間接事實與應證事實具關聯性，且可資以為事實上推定（第二八二條）以前，遽處理該項問題，將有造成不必要、額外勞費付出之虞，實不符合程序利益保護原則。況且，為使當事人盡陳述義務及具體化義務，並使兩造間之爭點事實（應證事實、證明之主題）明確化，法院應為闡明，以促使「主張」之事實具體化至可能適用系

爭法規範之程度，俾對造可陳明是否能接受該事實，為必要之防禦權行使，而防止突襲（發現真實的突襲及促進訴訟的突襲）；又法院亦應促使「否認」具體化到「倘認為該對造（被告）之陳述為真實，則無從導致如原告所主張之法律效果」之程度。如此使「否認」具體化，始能凸顯爭點事實為何，以便取捨證據調查（為證據上爭點整理），防止發生促進訴訟的突襲。因此，關於間接事實中之何者始具擬制自認該當性，宜為類如下述之論證，藉以助益拓深有關如何在證據法上落實該原則之解釋論：

①試以圖表一內事件類型(2)為例而言：通常，在認為 $c$ 、 $d_1$ 、 $d_2$ 、 $d_3$ 或 $d_4$ 等類事實之全部或其中部分係第二八〇條各項所定「他造主張之事實」以前，應先處理，當事人應如何就此等事實負主張責任、盡具體化義務之問題。在爭點整理程序上， $X$ 已就 $d_1$ 、 $d_2$ 及 $d_3$ 等事實盡主張責任、具體化義務之情形， $Y$ 就 $d_4$ 應負主張責任、陳述義務。為此，法院應向 $Y$ 為闡明，以使其有主張、證明 $d_4$ 事實之機會；如 $Y$ 經闡明後，不主張 $d_4$ 事實且就 $X$ 所主張 $d_3$ 事實不予爭執、為不知或不記憶之陳述、或 $Y$ 已於相當時期受合法通知該事實主張之事卻不於期日到場，亦未依第二六六條第二項及第三項為答辯時，應視同 $Y$ 自認 $d_3$ 事實。因為，如此處理，始能促使 $Y$ 協力於解明案情（盡第二八〇條所課事案解明協力義務）。可是，在 $X$ 未主張 $d_1$ 、 $d_2$ 及 $d_3$ 事實或僅主張 $d_1$ 及 $d_2$ 事實（未主張 $d_3$ 事實）之情形，由於 $Y$ 就 $d_4$ 事實尚不負主張責任、具體化義務，所以此事實尚不成為使 $X$ 擬制自認之對象事實。因為，於此情形， $X$ 尚未就爭點事實 $c$ （要件事實）之推認所需事實（具關聯性、必要性之間接事實）盡主張責任、具體化義務，亦難認為其起訴具一貫性，此時倘就 $d_4$ 事實要求 $Y$ 負陳述義務，並要求法院為擬制自認該當性之審理、判斷，將因此付出額外之

勞費，而使當事人蒙受不必要、不應有之程序上不利益，致悖逆程序利益保護原則。

②試以圖表一內事件類型(4)為例而言：同上所述理由，在X已主張  $d_1$ 、 $d_2$  及  $d_3$  事實時，似應認為：Y就  $d_1$  事實應負主張責任、具體化義務及證據提出責任（舉證責任即行為責任）。假使在爭點整理程序上，X已主張  $d_1$ 、 $d_2$  及  $d_3$  事實後，Y卻就該  $d_3$  事實之主張不予爭執、為不知之陳述或未依法為答辯，且未主張、證明  $d_1$  事實時，Y就  $d_3$  事實可能生擬制自認之效果。此時，應認為X就  $d_3$  事實無庸負證據提出責任（舉證責任）。但是，在X尚未主張  $d_3$  事實時，就  $d_1$  事實，Y既不負主張責任、具體化義務，亦尚無使X擬制自認之問題。至於X如何依第三四二條第三項或第三四四條第一項第五款等規定，要求Y就  $d_3$  事實之主張、證明對X盡事案解明協力義務；又，如何依第二七七條但書之規定使Y就  $d_3$  負舉證責任，均屬如何適用特別或例外規定之另一問題。因為，此等規定之增設，係本於公平之要求，並為了保護當事人處於舉證上困難狀態者之程序利益，所以如果就  $d_3$  事實之主張、證明，X有各該規定所認情事時，則可例外適用該規定為處理，以符公平之要求及程序利益保護原則。

③試以圖表一內事件類型(5)為例而言：在爭點整理程序上，X不爭執Y所主張  $d_{10}$  或  $d_{11}$  事實、或受合法通知卻不就該事實為答辯時，X就該事實應生擬制自認之效力，而Y就  $d_{10}$  或  $d_{11}$  事實即無庸舉證（證據提出責任即行為責任）。因為承認該項擬制自認之效力，始符新法設上開擬制自認之規定，係為保護當事人之程序利益，並附帶促進訴訟等意旨。

## 肆、展望

新法已然確立程序利益保護原則，要求法官、當事人及受任為其訴訟代理人之律師，循以解釋、適用相關之民事訴訟法上規定。此項原則係要求就同一或相關連之紛爭所涉處理、解決程序，應致力減少其使用或運作所伴生勞力、時間或費用，藉此所獲得之程序利益，應該且可能包含財產上、身分上、精神性及人格性之利益或憲法上所認價值在內。此原則係植基於憲法上有關基本權保障之規定，而以實現其所肯認之價值理念，確保、彰顯訴訟（紛爭）當事人之程序主體地位為指標。在此意義上，該原則亦提示相當之改革理念，促使立法者持續檢視現行法、修正舊法，而致力於設計新程序法制，以滿足國民在新時代追求程序利益之需求，回應其社會生活價值觀之多元化（系爭實體利益及其外之諸價值併受兼顧之需求）。更具體而言，程序利益保護原則之確立，實即同時提示類如下述之諸課題，期盼今後之民事程序法學研究及審判實務運作予以面對、克服，以確保訴訟（紛爭）當事人之程序主體地位，並延伸國民之法主體性：

第一，應一邊立足於如何貫徹程序利益保護原則之觀點，一邊認知所謂訴訟經濟（或促進訴訟）之要求（原則），既有屬於私益保護面向者（以保護當事人之程序利益為主旨者），亦有屬於公益維護面向者（以維護法院所代表之納稅人整體利益為主旨者），並可能有涵蓋此二者在內之情形（回顧本文「貳、一、(一)」及「參、二、(一)」之說明），而不應被理解為，其係僅要求單就有關同一訴訟標的或某一系爭實體私權之程序，致力減少所

付勞力、時間、費用，以謀求避免訴訟重複或減輕法院負擔而已。為此，應探究向來所泛稱訴訟經濟之要求係為達成何項目的而被借重？其法理基礎為何？此後其正當性是否尚值存續獲肯定？

循此而論，縱使在一定情形（諸如：違反訴訟促進義務者依第二六八條之二、第一九六條第二項、第二七六條或第四四七條前段應受失權制裁之情形；在給付請求權之主張者可能提起給付訴訟卻僅訴請確認該請求權或給付義務存在之情形、有必要禁止重複起訴時、有必要提起再審之訴或撤銷仲裁斷之訴時、一部訴求應受限制之情形等等），可肯定其應該且可能適用上開屬於公益維護面向之訴訟經濟要求，而以違背此要求為理由處理之；亦應就訴訟經濟論過度忽略當事人所具程序主體地位及其有關程序利益之程序處分權者（例如：認為原告須選擇權利單位型訴訟標的，而不許其以紛爭事實或廣義原因事實為單位特定訴訟標的，以避免另開訴訟程序致生程序上不利利益者；將紛爭解決一次性、統一解決紛爭或擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求結合於訴訟經濟之要求，而認為原告須選擇紛爭單位型訴訟標的，且不許其選擇權利單位型訴訟標的，以排除其他含有舉證上困難致可能伴生程序上不利利益之權利於審判範圍外者；又引據同樣要求，認為就基因於同一紛爭事實之數個競合請求權，不管當事人之處分意願如何，均須利用同一程序予以合併審判者）<sup>96</sup>，加以反省、修正，

96 在日本，論者亦指明，僅從訴訟經濟之觀點是否即足導出可無視當事人意願之結果，尚非令人無疑〔高橋宏志「共同訴訟について(2)」(法学教室二六〇号，二〇〇二年)九四頁；高田裕成「多数当事者紛争の畫一的解決と一回的解決」(民事訴訟雜誌三五号，一九八九年)一八六頁以下〕。不過，此項指明及其所存疑之訴訟經濟觀點，係屬於公益維護面向者，對於本文所論程序利益保護原則尚乏認知，難謂

周延。

此外，程序利益保護原則之適用如何關涉訴訟標的相對論及兼顧被告之程序利益等事，亦為學界所關心〔見於民事訴訟法研究會第八十三次研討會之共同討論過程，參照「民訴研討會」六四頁以下〕。為此，宜留意：

#### (1) 訴訟標的相對論無礙於保護被告之程序利益

此項理論係認為，民訴法之所以採用處分權主義係為賦予受訴訟權保障而有意起訴者即原告有表明、擇定本案審判對象範圍之機會、權能，俾其得藉此將可能伴生程序上不利利益之權利排除於該範圍外。於此，其所謂「原告」係亦包含被訴者（被告）有意提起反訴或於本訴外另開程序為起訴之情形在內。亦即，對於本訴原告，如本訴被告有意依有關反訴之規定提起反訴或另行起訴時，亦有表明、擇定本案審判對象範圍之權能，得藉此將可能伴生程序上不利利益之權利排除於該範圍外，以平衡追求實體利益及程序利益；其為該項擇定及起訴時，並無須徵得對造（本訴原告）之同意或法院之允許，此亦係基於為保障訴訟權乃設立訴訟制度之本質上理由所使然，是與本訴原告及其他有意起訴請求救濟權利受害或解決紛爭之一般人，於起訴時，均無須先徵得對造（被告）同意或法院允許之情形，無何差異。因為，倘認為本案審判對象範圍（訴訟標的）之擇定，應徵得被告之同意或基於兩造合意，則訴訟權之行使將難受保障，而訴訟制度之使用將無端受阻，其制度存立必失所依憑。從而，不宜認為訴訟標的或本案審判對象範圍「必須」或「應該」由兩造共同（合意）加以決定。

至於其所牽涉之如下各事項，均屬另一問題：①不論屬於上述何種情形之起訴，均須不欠缺訴之利益、不違反禁止重複起訴之規定（按：為維護公益層面上訴訟經濟所設第二五三條乃屬有關訴之利益之一項特別規定）及非屬訴權濫用之行為。②兩造「得」（或「非不得」）以合意擇定其實體私權（a 權利）及其原因事實作為本案審判對象，此時宜將其合意理解為係當事人行使程序處分權之一種表現型態，而以原告自願對其所享上開特定、選擇訴訟標的之權能加以制約，應自負責任一事為基礎〔參照「方法論序」（見註 10）五三頁〕。③就原告所排除於訴訟標的範圍外之其實體私權（b 權利），在其已被賦予利用前訴訟程序併加提出主張之機會（此項機會可經由法院踐行公開心證或表明法律見解等闡明程序被賦予），卻不予利用時，可能另引據權利失效等法理為處理〔參照「方法論序」（見註 10）五一至五四

頁〕。④又，在原告起訴時自行擇定或經兩造合意擇定 a 權利及其原因事實作為本案審判對象以後，於本案審理過程，兩造實際上係併就 b 權利之存否為攻擊防禦，且受訴法院亦予以實質審理時，縱使認為得將該當事人之訴訟上行為理解為，原告已明示或默示將 b 權利亦列（追加）為求法院行本案審判之對象，而已獲被告同意其追加〔參照「方法論序」（見註 10）五四頁、六七頁內註一二之說明及二〇七頁；「民訴研討（二）」五六〇至五六一頁；「民訴研討（三）」七七、二九、九頁及五七八頁〕；或認為得事後予以評價為，該項審理過程已使 b 權利發揮訴訟標的之機能等旨，此項理解亦係導自原告依處分權主義享有上開擇定訴訟標的之權能或兩造得成立上開合意等法理，尚非可據以論斷訴訟標的「應該」或「必須」於起訴時由兩造共同決定。亦即，上開事項均屬不同層次之其他問題，而不直接關涉訴訟標的的相對論之當否評價。

可知，訴訟標的的相對論實不含有不必保護被告之程序利益或刻意限制其為此項追求之意旨，且非立足於被告不必受公平處遇之基礎上。例如，被告對於訴請返還所有物 A 屋之原告，為平衡追求程序利益，亦可起訴主張自己之使用權。為此，該被告如顧慮其就使用 A 屋所約定如何支付租金之事實，未必能蒐集、提出充足之證據，則可視其蒐證難易之程度，自行選擇、決定是否起訴請求判決確認其就 A 屋之租賃權存在或使用借貸關係存在；並可將此項確認訴訟以反訴之方式提起，以免因另行起訴致分二道程序就該法律關係及其原因事實存否為重複之攻防，而蒙受程序上不利利益。在此類情形，該法律關係及其原因事實之所以成為訴訟標的並據此預告既判力之範圍，係由於該被告自主決定亦居於原告之地位行使程序處分權，選擇權之結果，尚非該被告就該法律關係所為抗辯或起訴，當然具有使他造（上例所示原告）須就該法律關係為起訴而予以列為訴訟標的之效力。至於其如就該法律關係及其原因事實（如上例中被告所陳事實）另行起訴時，將遭遇該訴是否欠缺訴之利益或有無違反禁止重複起訴之規定等類公益維護層面上問題，乃屬另一事，尚不直接關涉如何依處分權主義之意旨，尊重有意起訴者有關如何特定本案審判對象之程序處分權、程序選擇權乙事。況且，訴訟標的的相對論係強調應尊重原告即有意起訴者（含上例之被告）所受保障之上開權能、地位，使其可藉此平衡追求程序利益，而以其有無證明困難之問題為衡量如何行使程序處分權（劃定求為本案審判對象）之一因素，並非無限制地認為如非有證明困難

之問題時，該原告就一概不得基於其程序處分權主導擇定訴訟標的。

## (2) 被告之程序利益亦受保護

程序利益保護原則係要求立法者於設計程序制度時或法官於從事審判活動時，均須指向於平衡保護紛爭或訴訟當事人之程序利益，而不應偏向於過度強調公益維護層面上訴訟經濟，且不宜將此二概念混同，藉以確保、伸展紛爭當事人之程序主體地位，防免其淪為被程序運作者支配之客體。於此，該原則所強調應被賦予平衡追求程序利益之機會者，係包含各該事件之被告在內，而非僅指原告。至於如何針對事件類型之特性、需求、程序階段或個別案情事項之不同，分別為保護程度上不盡相同之程序設計或審理活動，則屬其次有待處理之問題。例如，就起訴階段如何為訴訟上請求之表明而言，應儘可能容許有意起訴者（含：本訴之原告及被告有意起訴者）得擇定本案審判之對象範圍。在此點上，相較於訴訟標的的理論之新、舊說，訴訟標的的相對論既可彌補該二說未能充分尊重程序利益追求所繫之程序處分權等缺點，且更有助於將程序利益之平衡保護列入考量範圍內，以充分保障訴訟權、發揮訴訟制度保護正當利益之機能。事實上，此種著眼於防免原告蒙受程序上不利利益，而便利起訴使用訴訟制度之思想，亦已引導擴充當事人適格者之範圍。新法第四四條之一、第四四條之二、第四四條之三及其相關之第七七條之二第二項所增設選定當事人之程序及訴訟擔當制度，均屬保護原告程序利益之適例。

又，就需求保護社會、經濟上弱勢者之事件類型而言，則有對於成為被告之該弱勢者，應優先保護其程序利益以便利應訴之情形。例如，新法第二八條第二項及第四三六條之九等規定，容許法人或商人之他造，於其成為被告時，亦得在其較不會遭受程序上不利利益之法院應訴，便於其追求程序利益。

一般而言，關於如何處理被告就其所提事實遭遇舉證困難之問題，係亦存在於採訴訟標的的理論之新說或舊說時，非僅發生於採訴訟標的的相對論之情形，所以該問題之存在可能性，尚不足據為對於該理論之採用抱持懷疑態度或容許被告得聲請停止訴訟程序之理由。況且，倘寬認被告得以該項舉證困難為由拒絕應訴或拒不遂行訴訟，則將動輒招致訴訟延滯、權利實現困難（阻絕救濟權利受害之途），甚至有阻礙訴訟制度發揮應有機能（如：提示「法」之所在以便解決紛爭等機能）或使訴訟權未能受應有保護之虞。從而，為保護被告之程序利益，除責由受訴法院適時適用權利濫用之法理以駁回濫訴，或依有關駁回

而促使其兼顧上開屬於私益保護面向之訴訟經濟要求，並宜將此改稱為程序利益保護原則，使其適用於一定情形〔請回顧本文「貳、一、(一)」有關第一九九條之一及本文「參、二、(一)」有關第二五五條第一項所定合併審判等制度如何運用之例示析述〕。因此，如何界定何等情形（就何事項或何事件類型）宜適用此原則及其適用之範圍為何，乃今後學界及實務界所須面對之課題。

第二，程序利益保護原則之貫徹係民事程序法建制之一項改革理念，為此應探討：如何在保護程序利益所必要之範圍內，重新界定、調整實體法與程序法之應然關係？因為，正如新法之走向所顯示者般，經由其為便於當事人平衡追求或受保護程序利益所設程序，被確定、發現或形成之「法」，係隨著各該程序型態之不同而可能具有多樣容貌，非必恒與客觀實體法相一致，是與未經考量如何平衡兼顧程序利益時所指望尋得的「法」（即客觀實體法）有間。屬於此類可能具多樣容貌的「法」有如：就紛爭單位型訴訟標的所下本案判決中的「法」，係非必等同於就權利單位型訴訟標的所下本案判決的「法」；經審判長曉諭原告補充請求額時所判定的「法」，非即同於未如此使為補充時所尋得者

顯無理由之規定（第二四九條第二項）或欠缺一貫性之法理〔參照「方法論序」（見註10）〕五九頁、八三頁〕駁回原告之請求以外，尚應充實有關事證蒐集及爭點整理之制度，並期待、要求受訴法院善為行使其相關之裁量權、訴訟指揮權。事實上，在此方面，新法已有相當之增修（第二六五條至第三七六條之一），可供活用以保護被告之程序利益（例如，於判斷是否適用有關失權制裁之第一九六條、第二六八條之二第二項、第二七六條及第四四七條等規定時，應考量當事人之法律知識、事證蒐集或提出能力之有無）。當然，今後尚有如何在此方面續求改進之課題待克服，但畢竟難僅以被告可能遭遇舉證困難為由，認為受訴法院可強令原告行使程序處分權，而命其將不欲行使之權利亦列入訴訟標的之範圍內。

（第二四四條第四項）；委由法院酌定損害額時所判定的「法」，係非必同於未如此酌定時所判定者（第二二二條第二項）；以受命法官調查據之結果為基礎所判定的「法」，係可能異於由合議庭為該項調查時所判定者（第二七〇條第三項第四款）；不經調查證據而逕行酌情為公平裁判時所確定的「法」，非即依法定要件事實為判決時的「法」（第四三六條之一四）；改循調解程序後所形成的「法」，係有所不同於不如此轉換改用程序法理時所下本案判決中的「法」（第四二〇條之一）；改循準仲裁程序所確定的「法」，係不全同於未如此改循時依調解程序所形成者（第四一五條之一）等等。

要之，在程序利益保護原則之適用範圍內，供當事人循以解決紛爭的基準即「法」內容為何，係受各該紛爭解決程序之內容以及其使用者與運作者如何較量程序利益與實體利益等諸要因所制約，尚非恒必一致於系爭實體利益所繫之實體法。通常，對於程序利益之追求或保護所持執著度、期待可能度愈高，則所尋得的「法」將愈難切合於客觀實體法。因此，企求理解、探尋上開用以解決紛爭之基準為何者，即民事程序法學，應致力探究：該項執著度、期待可能度，係受紛爭解決過程（如：訴訟程序過程、準仲裁程序過程、調解程序過程、證據保全程序上協議過程）上所存何等因素所影響？此等因素如何發揮作用？此等因素是否包含：各該程序制度運作者（如：法官、調解委員、仲裁人）所具專業知能或素養之程度、法律扶助制度之健全度、律師制度（含酬金、教育內容、員額等）之充實度、訴訟相關準備、事證蒐集制度或闡明方式（含：可資分析、判斷實體利益及程序利益之大小者）等程序之虛實、周全度？

第三，程序利益保護原則之認知亦應成為，重新檢討訴訟法

上諸基本要求相互間對應關係之契機。因為該原則僅屬諸基本要求之一，非為唯一至上者，有如何與其他諸要求相呼應、調和或受兼顧之問題，尚待處理。為此，今後之民事訴訟法學應著手檢視，現行法（含新法）上尚有何等關涉程序利益保護原則之規定（如：有關舉證責任如何分配、自認之撤銷要件如何設定、如何判斷鑑定人之選任是否適當、有關如何將第三六八條第一項所定「法律上利益」解為含程序利益、就簡易事件改用通常程序時之問題處理），而嘗試探討：有關各該規定之解釋論或修法論，應否或如何亦以程序利益保護原則為指針？其間應如何兼顧此項原則與其他涉及同一規定如何解釋之基本要求或原則？屬於此類者不少，諸如：發現真實（追求、保護實體利益）、訴訟經濟（促進訴訟）、紛爭解決一次性（統一解決紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能）、公平、公正程序、費用相當性、處分權主義、辯論主義、直接審理主義、言詞審理主義、迅速裁判、適時審判、武器平等、秘密（含營業秘密、隱私）保護、程序法定（任意訴訟禁止）、程序安定（性）等等。其中雖亦有本文內已略加論述者，惟究應如何界定各該基本要求或原則與程序利益保護原則間之對應關係，仍待今後進行更具廣度及深度之探討。

試以程序安定之要求為例而言，鑑於向來其較常被引以開展有關訴訟行為具何效力之解釋論<sup>97</sup>，且被據為增訂新法上若干規

97 在我國，關於程序法定之要求被引為解釋現行法之論據者，如：關於二十名消費者為實現各自之損害賠償請求權而授權某消費者保護團體提訴後，其中部分授權人撤回授權時之問題處理（參照民事訴訟法研究會第五十二次研討會之討論內容，載於「民訴研討(五)」三二七頁）；關於仲裁契約有無妨訴抗辯效力之問題處理〔參照前掲「仲裁契約」（見註23）二三五頁、二五〇頁。又，在民事訴訟法研究會第八十二次研討會亦有相關之討論。

定之立法理由（如：於第四二七條第四項就誤用簡易程序審理通常事件、第四三六條之二六第一項就誤用小額程序、第四〇四條第二項就起訴違反應先經調解之約定、第二五八條第二項就訴之追加遭駁回後之審判聲請設定期限，分別增設明文時），今後宜探討：引據程序安定之要求所保護之利益是否兼含有公益維護面向及私益保護面向？此二者之分野應如何界定？其中屬於私益保護面向者，是否亦應適用程序利益保護原則？

又如，就向來所謂程序法定或任意（便宜）訴訟禁止等原則而言，鑑於論者有尋求其採用之根據於訴訟法具公共性、公益維護性或需求程序安定等理由者，今後宜探討：在該原則之嚴格適用可能導致當事人之程序利益受損時，其適用範圍之妥當性，應如何從貫徹程序利益保護原則之觀點，重新調整？<sup>98</sup>

要之，在採認程序利益保護原則之同時，宜同時認知：訴訟制度目的論或公正程序請求權論應涵蓋平衡保護程序利益及實體利益之意旨，而指向於批判公正程序請求權論係以保護實體利益（實現實體正義）為首務者者，促使將其所指應受保護之當事人利益刻意理解為兼含程序利益，而非偏重於實體利益。

第四，為貫徹程序利益保護原則，應致力防止發生促進訴訟的突襲<sup>99</sup>，認知其乃受訴法官從事審理活動時之行為規範，是為向來有關訴訟經濟或訴訟促進之論者所忽略者。為此，今後應繼續探討：如何妥採闡明方式，以賦予當事人平衡追求程序利益之機會？就違反該規範之審理活動或突襲性裁判，應如何救濟當事

98 關於如何調整或緩和任意訴訟禁止等原則之適用範圍，併請參照前掲「程序選擇權之法理」（見註7）七二至七三頁；前掲「司法現代化」（見註4）一五九頁。

99 關於突襲性裁判之型態，請參照上述註4之說明。

人所蒙受之程序上不利益？

於此，想併指明的是，由於訴訟程序現象，係自起訴時至裁判之過程由法院與當事人付出勞力、時間或費用所為一系列之先行行為累積而成，在訴訟程序之前階段（含下級審法院審理活動）所已招致發生之程序上不利益（勞力、時間或費用之付出等不經濟之結果），往往難依憑程序後階段之審理（含上級審法院之審理活動或裁判）再予以復原、補救，所以如何防止該項不利益發生於未然，始屬至關緊要，不宜過度仰賴事後之審級救濟或發回更審等方法謀求救濟，否則將徒然又加重當事人之勞費負擔，非所以保護其程序利益之道。從此而言，提示「促進訴訟的突襲」之概念，藉此將致力防止其發生作為法官之行為規範一事，對於程序利益保護原則之適用、貫徹，實具有相當重要之意義。抑且，毋寧謂，該項原則愈能借重上開行為規範之遵守將愈易被貫徹，並不因同一規範是否在訴訟程序後階段仍照原樣成為評價規範發生作用而有異，所以不宜以程序上不利益難事後獲救濟為由，忽略上開認知之必要性。因此，重要的是，應在認知上開概念及行為規範均具實用性之前提下，更進一步探討：有關法官活動（含：訴訟指揮權、闡明權之行使）涉及如何保護程序利益、救濟程序上不利益或防止發生促進訴訟的突襲者，其所應依循之規範是否宜適度將行為規範與評價規範予以分離處理、論斷？<sup>100</sup> 在保護程序利益所必要之範圍內，是否無須使該二規範

100 論者認為：為符合程序安定性、訴訟經濟等要求，關於訴訟法規之解釋論或立法論，應意識到將行為規範與評價規範予以分離，而就相關因子為取捨選擇〔新堂幸司，新民事訴訟法（二〇〇一年）四五頁以下；內田 貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」（法学教室七五號，一九八六年）六九頁〕。此項立論頗具啟發性，惟未充分意

恒維持一致？<sup>101</sup>

識到程序利益保護論所提示之課題，以致未處理本文所探討之問題，難謂周延。

- 101 為便利今後思考如何處理此方面相關問題，以下試舉具體事例析述之：關於簡易訴訟事件之審判，民事訴訟法規定之旨趣是：「簡易事件應適用較通常程序更能保護當事人程序利益之簡易程序」，而要求受訴法院遵守此項行為規範，原則上不可改用通常程序而對當事人造成促進訴訟的突襲，（參照第四二七條第五項）。在此前提下，如法院違背該規範，於未示明（曉諭）其審理係適用通常程序之狀態下，竟誤用通常程序審理簡易事件時，應屬一種促進訴訟的突襲。對此，於該審級之程序後階段（言詞辯論終結前或判決前），察覺該誤用之當事人得予以責問，以便促使法院及時適用簡易程序為審判，但仍維持已進行之程序結果，藉此使程序利益獲得保護；又，該法院如依適用通常程序之結果已下判決，且當事人就此已上訴於該管上級審法院（高等法院或地方法院合議庭）時，應予以評價為原審之審判仍具有適用簡易程序之效果，該上級審法院應逕適用簡易事件之第二審所應適用之程序法理為審判，而不應將事件發回第一審法院（地方法院合議庭或簡易庭），是不必與法院造成發現真實的突襲時之法律效果（參照第四五一條第一項）相同。如此評價，始能避免因該項發回導致重複付出勞費，藉以保護程序利益。因為，如事後否定上開既經付出勞費進行程序（前階段程序或原審程序）所得結果，則將造成程序重複，而悖逆法律要求適用簡易程序以保護程序利益之目的、旨趣。何況，被誤用於前且較簡易程序花費更多之上開通常程序，在程序內容上，常可涵蓋而吸收簡易程序，應為如上之評價，始符程序利益保護原則，且無害於程序權保障〔與此相關之闡述，請參照前揭「司法現代化」（見註 4）三二五頁〕。

上開法理闡述（解釋論），又引導增訂新法第四五一條之一，規定：「①應適用簡易訴訟程序之事件，第二審法院不得以第一審法院行通常訴訟程序而廢棄原判決。②前項情形，適用簡易訴訟事件第二審程序之規定。」，立法理由謂：「……第一審法院誤將應適用簡易訴訟程序之事件，依較為嚴格之通常訴訟程序而為審判，對於當事人之程序保障並無欠缺，故受理其上訴之第二審法院（包括地方法院合議庭或高等法院）不應廢棄原判決而發回第一審之簡易庭，以保障當事人之程序利益，並達到訴訟經濟之要求……第一審雖將簡易訴訟事

【本文曾刊載月旦法學教室創刊號、第二期及第四期（二〇〇二年至二〇〇三年），其部分內容曾於二〇〇二年十二月十五日在民事訴訟法研究會第八十三次研討會提出報告，進行共同討論，並經先後刊載法學叢刊第一九二期（二〇〇三年）及收錄於民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討<sup>(註)</sup>（二〇〇四年）。於收錄本書時，又經補加部分內容。】

## 訴訟上請求之表明如何兼顧 實體利益及程序利益

——以租金調整請求事件如何定審理  
方向為評析事例——

---

件誤為通常訴訟事件，而依通常訴訟程序審理，並不因此改變其為簡易訴訟事件之性質，故受理其上訴之第二審法院仍應適用簡易訴訟事件第二審程序之規定而為審理，……」〔參照司法院編「司法院民事訴訟法研究修正資料彙編<sup>(六)</sup>」（二〇〇〇年）三一六頁〕。

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 壹、事實概要 .....                           | 83  |
| 貳、涉訟經過 .....                           | 83  |
| 一、第一審 .....                            | 83  |
| 二、第二審 .....                            | 87  |
| 三、第三審判決 .....                          | 88  |
| 四、更一審判決 .....                          | 88  |
| 五、第三審裁定 .....                          | 88  |
| 參、審判過程評釋 .....                         | 89  |
| 一、本件案例評析之目的 .....                      | 89  |
| 二、原因事實之表明已否被借重於特定訴訟標的？ .....           | 93  |
| 三、訴之聲明有無被活用於兼顧實體利益及程序利益？ ...           | 103 |
| (一)因契約所生租金調整請求權為訴訟標的時之裁判方<br>式 .....   | 103 |
| (二)因情事變更所生租金調整請求權為訴訟標的時之裁<br>判方式 ..... | 106 |
| 四、爭點整理取向之偏差如何導致實體上及程序上不利<br>益？ .....   | 111 |
| 五、指望爭點整理學之開展 .....                     | 114 |

## 壹、事實概要

- 一、X主張：其於民國六十四年五月八日出租甲地予Y，當時Y曾書立「覺書」一份，表示願以政府之公定地價為標準計算租金，而於每年四月一日給付。為此，X曾於八十四年三月二十二日以存證信函通知Y應依照上開「覺書」之約定，自同年一月一日起按年給付租金十八萬七千二百八十三元（新台幣，以下同），嗣又多次主動找Y商談此事，Y均置之不理，並表示僅願按年支付租金二萬六千元。
- 二、X於八十五年七月二十九日起訴，列Y為被告，除陳述上開事實外，並主張甲地之價值已有昇漲，請依據民法第四四二條，斟酌甲地之價值、所處位置等情形，將租金調整為每年依申報地價百分之十計算。

## 貳、涉訟經過（與論旨無關之細節從略）

### 一、第一審

(一)X於八十五年七月二十九日列Y為被告起訴，並委任律師為訴訟代理人。

1. 訴之聲明為：Y向X承租甲地之租金，自民國八十四年元月一日起，調整為每年依申報地價百分之十計算。

## 2. 事實及理由之主張略為：

(1) X為系爭甲地之所有人，於民國六十四年五月八日出租甲地予Y，Y曾書立「覺書」一份，表示願以政府之公定地價為標準計算租金。但Y始終均僅支付X年租金二萬六千元。

(2) X曾於八十四年三月二十二日以存證信函通知Y應依照「覺書」之約定，按年給付租金十八萬七千二百八十三元，嗣又三次主動找Y洽商提高租金事，Y卻均置之不理，反而委請律師發存證信函表示僅願每年支付租金二萬六千元，而隨函檢附同金額之匯票以支付八十五年份之租金。X乃再發存證信函將該匯票退還，可是Y竟將該款提存法院。

(3) 隨著土地需求劇增及土地價值不斷飆漲，甲地之價值亦逐年調漲。然而X與Y間係成立不定期租賃，其租金已多年未曾調漲，實有悖公平，爰請法院依民法第四四二條前段，斟酌系爭不動產之價值、所處位置、四周工商業繁榮情形及土地法第九七條、第一〇五條等相關規定，將甲地之租金調整為每年依申報地價百分之十計算。

## 3. 證據聲明：

(1) 覺書一份，其內容記載為「立覺書人擬購買甲地地上房屋二棟，倘買賣成立者，對向X承租甲地之租金，願以政府之公定地價為標準計算，且每年租金並於四月一日給付，不敢食言」。

(2) X寄給Y之存證信函二封。

(3) Y委請律師發給X之存證信函二封。

(4) 請求測量甲地。

(二) Y亦委任律師為訴訟代理人，於八十五年十月四日第一次言詞辯論期日提出答辯如下：

1. 聲明：原告之訴駁回。

2. 事實及理由之陳述略為：

(1) 自從承租甲地以來，每年均照X之通知繳納租金，且曾微幅調整租金，並未按照原告所提出之「覺書」繳納租金，故雙方早已無受該覺書拘束之意。況且「覺書」之真正亦有疑問。

(2) 甲地距離大馬路達十八米，位屬邊陲袋地，且Y所居住之房屋老舊，經濟價值不高，X主張按申報地價百分之十計算租金，顯有過高。

(3) Y已將八十四、八十五年份之租金提存，而X嗣亦領取受償，所以X請求回溯自八十四年一月一日調整租金，顯非適法。

3. 證據聲明：

(1) X簽收租金之收據九張、提存書二張。

(2) 提出甲地附近其他房屋承租人之租賃契約二份、基地使用收據一張；陳報近鄰地使用人為證人。

(3) 聲請法院履勘現場以查明甲地周圍使用繁榮等情形。

(三) 審理狀況

1. 於第一次言詞辯論期日，指定勘驗期日發文通知宜蘭地政事務所派員會同協助測量甲地。

2. 於勘驗期日，囑託地政人員測量系爭土地之面積報院憑辦。

3. 於第二次言詞辯論期日，審判長提示地政事務所檢送之土

地丈量成果圖，兩造均稱無意見。

4. 於第二次言詞辯論期日，裁定囑宜蘭商業會鑑定系爭土地之合理租金。
5. 於第三次言詞辯論期日，Y表示願談和解，請求改期，法官當庭改期。
6. 於第四次言詞辯論期日，Y之訴訟代理人陳稱因Y生病住院，待其出院後再為陳述。
7. 於第五次言詞辯論期日，Y表示只同意調高租金為每年三萬六千元，且願具狀說明系爭外近鄰房屋之租金每年僅六萬元，而甲地並未臨接道路，故其租金應再減一半。

#### 8. 於第六次言詞辯論期日

(1)兩造均請求履勘現場，法院當場定其期日。

(2)Y答辯：

①宜蘭縣商業會之鑑定並未考量基地位置、工商繁榮程度、承租人利用基地之經濟價值及所受利益，殊難信服。

②若依據內政部令計算，則Y現所繳租金過高。

③因甲地地上有部分土地現仍設有地上權，若依此計算，則Y現所繳租金亦已超過。

9. 八十六年七月二十五日第二次履勘現場，主要在履勘甲地之使用情形、周圍土地之使用狀況及繁榮情形，並繪製現場簡圖。

#### 10. 第一審判決（八十七年一月十七日宣判）

(1)主文：

①被告向原告承租甲地之租金自八十六年一月一日起調整為每年按當時申報地價百分之六計算租金。

②原告其餘之訴駁回。

(2)理由：

①兩造就甲地有租賃關係存在，且未訂有期限之事實，為兩造所不爭執，可據以認定兩造間就甲地存有不定期期限租賃之事實。

②X主張兩造係就Y所使用之土地全部面積成立租賃契約，係屬真實，X主張就Y租用甲地全部調整租金，為有理由。

③依民法第四四二條，參酌甲地繁榮程度，租金應調整為按申報地價百分之六計算。

## 二、第二審

(一)Y提出上訴聲明狀，請求廢棄原判決關於Y敗訴部分。其上訴理由略為：

1. Y主張甲地之六十七年份租金為一萬二千元，七十四年租金為一萬五千元，八十一年間始改為二萬六千元，二萬六千元是低於申報地價百分之四。
2. 本件既約定隨歷年申報地價百分之四逐年計算租金，而非屬定額租金。此種約定方式，顯已考慮土地漲價問題，應無調整租金之餘地。

(二)Y之辯論內容係重申先前之陳述。

(三)第二審判決（八十八年十月十二日）

1. 主文：上訴駁回

2. 理由：

(1)覺書內容約定：Y願以政府之公定地價為計算標準，且

每筆租金訂於四月一日給付。

(2) Y 於原審自認兩造間有租賃關係，且係承租甲地全部，應就此調整租金。

(3) 斟酌甲地之位置、工商繁榮之情形、Y 利用甲地之經濟價值等因素，形成心證認為應以申報地價年息百分之六計算租金為適當。

### 三、第三審判決

（九十年四月十二日）：主文為「原判決廢棄，發回台灣高等法院」。其理由涉及其他程序上問題，無關係爭租金如何調整（從略）。

### 四、更一審判決

（台灣高等法院，九十年十二月十八日）：主文為「上訴駁回」。其理由略為：Y 於原審已自認承租事實，經斟酌一切因素後認為仍應以申報地價年息百分之六計算租金為當。

### 五、第三審裁定

（九十一年五月十日）：以不合法駁回上訴，其理由略為，上訴理由係指摘原審取捨證據認定事實之職權行使不當，而非表明判決有違背法令。

## 參、審判過程評釋

### 一、本件案例評析之目的

我國民事訴訟法經制定施行七十年以後，最近已完成其全面修正工作（下稱修正後之民事訴訟法為新法）。<sup>1</sup> 其中，有關改採適時提出主義及爭點集中審理主義之規定，係指向於變革沿襲已數十年之審判實務上舊習，一方面加重當事人之訴訟促進義務，而要求其於適當時期提出攻擊防禦方法（新法第一九六條第一項），並表明訴訟標的之特定所必要之原因事實（新法第二四四條第一項第二款、第四二八條第一項及第四三六條之二三）；一方面則要求受訴法院於調查證據前，應將爭點曉諭當事人（新法第二九六條之一第一項），而為計劃性集中審理，以防止發生突襲性裁判。<sup>2</sup> 此類新法上相關規定，係責由受訴法院及當事人（含訴訟代理人律師）於調查證據以前，先行協力整理爭點（事實上、證據上及法律上爭點），並應為此先將訴訟上請求（訴訟標的及訴之聲明）特定、具體表明。<sup>3</sup> 此項特定、表明，在採用處分權主義之訴訟架構下，被認為具有平衡追求實體利益及程序

1 參照司法院編，民事訴訟法部分條文對照表暨總說明，八十八年四月、八十九年三月及九十二年二月。

2 參照邱聯恭，程序選擇權論（台大法學叢書 126，民事程序法之理論與實務第二卷，二〇〇〇年）序言；同，爭點整理方法論（台大法學叢書 130，民事程序法之理論與實務，第三卷，二〇〇一年）五頁以下。

3 參照前揭，爭點整理方法論，九頁以下。

利益之機能，乃當事人行使程序處分權之一種表現型態，而亦受支配於程序利益保護原則，並非僅立足於實體法上觀點以謀求實體利益而已。因為，依處分權主義，就本案審判對象、範圍之選擇、劃定，原則上當事人有主導、決定之權能及責任，於其獲有此項選定之機會時，較諸不然之情形，將更能充分較量起訴所涉實體利益及程序利益之大小輕重，而選定：究以某範圍之紛爭事實或原因事實為單位標準，抑以當事人自為實體法上定性所認某實體權為單位標準，具體表明其訴訟上請求為何。<sup>4</sup>從而，於新法制定施行之今日，為貫徹上開立法旨趣，應探討如何克服之課題是：今後運作審判實務時，關於訴訟上請求之特定、表明，當事人應如何予以踐行，而受訴法院應如何促成其事，始能貫徹上開新法之立法旨趣，以平衡兼顧實體利益及程序利益？

其實，縱使於新法施行前之舊法時代，上開課題亦已存在，而有待克服。因為，與上開新法之起草研議同其時期，在我國，突襲性裁判防止論<sup>5</sup>、新程序保障論<sup>6</sup>、程序主體權論<sup>7</sup>、程序選

擇權論<sup>8</sup>及適時審判請求權論<sup>9</sup>相繼被倡，並亦成為修法之背景思想<sup>10</sup>。此類理論及其所衍生之訴訟標的相對論均主張：訴訟理論之建構及審判實務之變革，均應指向於平衡兼顧實體利益及程序利益。此項價值理念之實現，縱使在舊法時代，亦具有立法論及解釋論上指標性<sup>11</sup>。此類開展於我國之本土化理論，亦批判有關訴訟標的論之新、舊說，而認為：不論在舊法或新法之下，為平衡保護當事人之實體利益及程序利益，應賦予原告（含本訴及反訴之原告）有機會用以選定：究以某範圍之紛爭事實或原因事實為單位標準，抑以當事人自為實體法上定性所認某實體權為單位標準，具體表明其訴訟上請求為何。

要之，審判實務之運作所須面對之雖舊猶新的課題是：就訴訟上請求之特定、表明，當事人應如何踐行、受訴法院應如何予以促成，始能平衡兼顧實體利益及程序利益？此二利益之平衡兼顧，從前者係立足於實體法上觀點、而後者係立足於訴訟法上觀點言之，乃有關實體法與程序法應如何交錯或對應適用之問題。

4 參照邱聯恭「程序利益保護原則」（月旦法學教室創刊號，二〇〇二年，收錄於本書）一文內「貳、一、(一) 1.」；同「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」（下稱「機能演變」）（前揭·程序選擇權論）九一頁以下；同「主觀預備合併論之基本課題」〔民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討（下稱「民訴研討」）（七），一九九八年〕一七九頁以下。

5 邱聯恭「突襲性裁判」〔「民訴研討」(一)，一九八〇年初出〕四二頁以下；同「值得當事人信賴的真實」（同·程序制度機能論，一九九六年，民事程序法之理論與實務第一卷，台大法學叢書62六頁以下；同·司法之現代化與程序法（一九九二年，台大法學叢書72）（下稱「司法現代化」）一二二頁。

6 邱聯恭「程序保障論之新開展」（前揭·程序選擇權論）五頁以下。

7 前揭「司法現代化」（見註5）一一一頁以下。

8 邱聯恭·「程序選擇權之法理」（前揭·程序選擇權論）三〇頁以下；邱聯恭在民事訴訟法第四十六次研討會之口頭報告、分析（「民訴研討四」五六九頁以下）。

9 邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」（下稱「回顧與展望」）（前揭·程序選擇權論）二七二頁；前揭「司法現代化」（見註5）一四頁、一三六頁、二七一頁及三一八頁。

10 邱聯恭「台湾における民事訴訟法の改革とその先導理論——日本の新法との比較考察——」（下稱「先導理論」）（新堂幸司先生古稀祝賀·民事訴訟法理論の新たな構築（上），二〇〇一年）二四九頁以下（本書第三一九頁以下）；許士宦「新修正民事訴訟法上程序保障之新開展」（月旦法學教室第六期，二〇〇三年）七〇頁以下。

11 參照前揭「程序利益保護原則」（見註4）一文內「壹、一、」；前揭「回顧與展望」（見註9）二六八頁以下。

又，從其係企求借重審判實務運作以實現訴訟理論所示價值理念觀之，則有關訴訟理論與審判實務究應如何銜接並相輔相成之問題。意識著此類問題之處理，對於深入理解向來審判實務就訴訟標的如何特定所持態度，宜否隨著新法之施行而有所修正一事，係屬有益且具有基本上重要性，本文特篩選審理過程跨越新法及舊法施行期中之本件租金調整請求事件為例<sup>12</sup>，嘗試評析其審判關涉實體法與程序法如何交錯對應、訴訟理論與審判實務如何銜接相輔等方面之事項，以驗證如何變革審判實務之運作，始能有助於克服上開課題。

抑且，向來有關裁判先例之評釋，多偏向於僅就裁判要旨施加抽象性、觀念性論述，而鮮有將訴訟審判全過程作為評析、研究之對象者。亦即，向來之民事法學研究，往往疏未探討：本案判決所認權利內容及其中所準據之「法」內容，是否實際上非必恒切合於客觀實體法？該權利或「法」內容之確定、形成或具體化，在本案審理過程，究竟實際上受何等因素所影響、制約？此等因素是否包含參與其審理過程者（法官、律師、當事人本人及鑑定人、證人等關係人）之活動，能否回應訴訟法上要求之程度（如：事實主張、證據提出或審理活動之充實度、妥適度為何）？有鑑於此，本文擬借用本件案例評論其審理過程，嘗試探討、測知：為克服上開課題，應如何改進有關審判程序之運用態勢？其應有之審理取向為何？

12 於筆者擔任司法院第五十三期司法業務研究會（二〇〇二年）及司法官訓練所第四十三期研習會（二〇〇三年）講座期間，本件案例曾作為其講評及共同研討之基礎資料。其相關各審案卷係由司法院調取提供，由同院調辦事之劉法官坤典費心力協助初步篩選，而參與該共同研討之法官、學員亦曾熱烈發表寶貴意見，均對於引發撰成本文之動機，具有相當之刺激作用，特併此誌謝。

## 二、原因事實之表明已否被借重於特定訴訟標的？

由於同一兩造當事人間可能分別成立二個以上之債權契約，其中何者所生權利係被據以起訴，如不借用其所由生之原因事實為表明，將無從識別該訴之訴訟標的（本案審判對象）係與他訴所提示作為訴訟標的者有所不同，以致未能使繫屬中之訴訟標的為何具體特定。果然，當事人及受訴法院亦將隨之無從認明、把握本案審判之對象範圍及攻擊防禦目標，而未能發揮訴訟上請求之表明在起訴時或訴訟程序前階段所應有防止突襲等行為規範提示機能（審判對象範圍之提示、攻防目標之凸顯及既判力客觀範圍之預告等機能）。因此，在原告係基於債權為起訴之情形，縱使其自為實體法上定性而表明某權利或法律關係作為訴訟標的，亦尚須表明其所由生之原因事實，始能判斷該訴之訴訟標的為何。<sup>13</sup>亦即，於起訴時，原告不可僅表明其有意主張之某實體法

13 「審判實務忽略原因事實之機能」關於原因事實之表明具有特定訴訟標的之機能，請參照前揭·爭點整理方法論，一〇頁以下、一五頁以下、五二頁以下及三八二頁；邱聯恭·民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編·民事法律專題研究(六)，二〇〇〇年）五九頁以下；邱聯恭在最高法院學術研究會主辦「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」研討會（二〇〇〇年三月）之闡述（載於法官協會雜誌第二卷第一期，二〇〇〇年，二三五頁以下）。

不過，原因事實所具特定訴訟標的之機能，並未被向來之審判實務所充分認知。例如，忽略該項機能之最高法院見解有如：①認為：「……本於侵權行為而生之損害賠償請求權，與本於債務不履行而生之損害賠償請求權，在實體法上為兩種不同之訴訟標的，法院不得將原告基於侵權行為所為損害賠償之請求，依職權改為命被告賠償債務不履行之損害，否則即係就當事人未聲明之事項為判決，顯屬訴外裁判。……」之見解（同院七三年度台上字第三五八號判決，裁判選輯

第五卷第一期），係僅以原告所表明其自行定性之實體法上請求權為特定訴訟標的之標準，而忽視原告據以求為本案審判時所陳原因事實之內容為何，以致未準此特定或闡明如何特定訴訟標的。②在原告起訴時陳述：伊所有之某屋，曾借與被告使用，其於借貸目的完畢後，竟拒不將該屋返還予原告而為無權占有，為此本於所有物返還請求權訴請返還該屋等情之狀況下，認為其訴訟標的僅為原告所表明之該所有物返還請求權，而不含借用物返還請求權，所以就後者所為判決屬違背法令之訴外裁判云云之見解（同院七七年度台上字第九三八號判決，裁判選輯第九卷第二期）。此項見解忽視原告所陳有關貸與之原因事實亦具有特定訴訟標的之機能。③認為：「……民法第一百八十四條第一項……前後兩段為相異之侵權行為類型。關於保護之法益，前段為權利，後段為一法益。關於主觀責任，前者以故意過失為已足，後者則限制須故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，兩者要件有別，請求權基礎相異，訴訟標的自屬不同。」之見解（同院八六年度台上字第三七六〇號判決，司法院公報第四十卷第七期；同院八九年度台上字第二五六〇號判決），係忽視原告起訴時就其所未引用之上項規定前段或後段所陳：伊因被告某日隱匿所售房屋不得興建夾層之事實而為不實廣告云云，或伊於某年因被告承建系爭工程有偷工減料情事，致須溢付工程款且再付費用將所作工程拆除重建而遭受損害共某元云云等類原因事實，而未據此特定或闡明如何特定訴訟標的，以致將原告依上開前段或後段規定所可主張之權利（法官如依職責適用法律即上開原告疏未引用之部分規定時其應可主張之權利）排除於本案審判對象範圍（訴訟標的）之外。

要之，本來，適用法律乃法院之職責，其如何適用法律於當事人所主張之原因事實，原不受當事人所示法律見解之拘束。可是，上開最高法院見解，卻以當事人有無陳明如何適用法律之意見一事作為如何特定訴訟標的之依據，將難免造成訴訟標的之構成遭過度細分（分段）、鼓勵當事人藉此浪費司法資源、增大整體法官負擔或使當事人蒙受程序上不利等結果。因為，倘依該類見解處理一般訴訟事件（持同類見解者又如，最高法院七六年度台上字第一七八三號判決謂：「行為人以同一侵權行為，而致同一被害人受數個不同之損害時，被害人之各個損害賠償請求權各自獨立，被害人就數個損害合併而為請求，應將各個損害所得請求之範圍劃分，分別為應受判決事項之聲明，始為合法。若將數個損害混合而為請求，法院將無從定各個損害審判之

上權利，而不表明該權利所由生之原因事實；如其不表明此事實至可資以為上開識別之程度，其起訴係不備新法所定程式，難認起訴具合法要件（新法第二四四條第一項第二款）。並且，如原告就其訴之聲明，已表明該項原因事實，即足認為其已提示求為本案審判之對象，而使其發揮上開行為規範之機能，所以此時不可僅以其未同時自為實體法上定性（未表明其欲主張某項實體法上權利）或其所為此項定性有誤為由，認為其起訴不具合法要件。此項論斷，從法官知法之原則（適用法律乃法官之職責），亦可獲得正當化之基礎。<sup>14</sup>

範圍，自為法所不許。」（裁判選輯第八卷第三期）〕，則原告就某日被告之某次侵權行為所生損害，將可任意（原則上無限制）按每一受害法益或損害項目之不同，各構成一個訴訟標的，而分別同時或先後提起多數訴訟、使用多道程序，要求不同之受訴法官，均就肇因於同一、單一原因行為（事實）之損害賠償請求權，分別審判其發生所該當之要件事實存否（如：故意或過失之有無、其與損害發生之間有無因果關係等類應適用辯論主義即協同主義為處理之事實）。其結果，立足於訴訟法上觀點所認程序利益保護原則、紛爭解決一次性、公益維護層面上訴訟經濟或擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求（此項觀點係認為訴訟標的如何特定一事不宜或不應僅取決於受害法益之單複異同），將過度遭漠視，而未能與實體法上觀點（如：為論斷請求權基礎何在時所被提出之觀點）同受應有之兼顧（與此相關之闡述，併請參照前揭，爭點整理方法論，二〇六頁以下）。

- 14 〔請求權基礎之表明非訴訟標的之特定所必須〕關於某項實體法上權利（請求權基礎）之表明並非訴訟標的之特定所必須，亦非起訴必備之合法要件等事，請參照前揭，爭點整理方法論，一二頁、五一頁、六六頁內註9之說明、三八六頁、四〇五頁；伊藤 真，民事訴訟法（一九九八年）一六三頁。

不過，部分最高法院判決亦留意如何從原告所陳事實內容為何掌握該事件之訴訟標的。例如：①認為：債權人即原告X自始所提支付命令聲請狀雖有記載，債務人即被告Y於某日向X借款某元並約定某日為清償期限，立有某銀行為付款人之支票一紙為證，詎屆期經一再

催索均不為清償等原因事實，但未述明該支票於上開約定清償日遭受退票之事，所以X係基於借貸關係，而未併以票據關係為訴訟標的云云之見解（同院七二年度台上字第一五四一號判決），已言及原因事實之陳述係有關於訴訟標的如何特定。可是，其有無將狹義的原因事實（為使訴訟標的能特定所應表明者，參照新法第二四四條第一項第二款）與廣義的原因事實（為賦予訴訟上請求有正當化論據所應記載者，參照新法第二六六條第一項第一款）混為一談，似尚有推敲之餘地。②認為：原告已述明其與被告間曾訂立有某委託契約書，此乃有關原告完成設計及監造工作後可請求給付報酬之事實，所以其係以報酬給付請求權為訴訟標的，至於其法律關係係民法第四百九十條規定之承攬，抑係同法第五百二十八條規定之委任，法院有審究認定之權限，不受當事人主張之拘束。……如就其所訴事實上之陳述並無變更，僅就適用之法條為不同之主張，尚難謂為訴之變更云云之見解（同院七四年度台上字第二六九九號判決，裁判選輯第六卷第二期），可認為係示明：應就原告之事實上陳述為訴訟標的之特定，其就此事實所為法律評價，並非即成為訴訟標的之標準，亦不拘束受訴法官適用法律之權限等旨，在此意義上，難謂其不認原因事實之表明具有特定訴訟標的之機能。惟因該判決另亦認為原告係以其所示報酬給付請求權為訴訟標的云云，所以其是否尚含有原告須同時表明其所求為審判者為某實體法上權利始屬起訴合法之意旨，則非盡明瞭。③最高法院民事庭會議就「當事人以同一事實，主張有民法第一千零五十二條第一項各款及第二項所定離婚事由，訴請離婚，法院如認同法第一項各款之離婚原因不能成立時，能否認屬同法第二項所定難以維持婚姻之重大事由，判准離婚？」之問題，作成決議謂：「民法親屬屬於民國七十四年修正後，於第一千零五十二條增列第二項離婚事由之概括規定，其目的在使夫妻請求裁判離婚之事由較富彈性。是夫妻間發生足使婚姻難以維持之重大事由者，雖不符合該條第一項所列各款情形，亦無不准依該法條第二項訴請離婚之理。」（同院八十六年度第二次民事庭會議決議，司法院公報第三九卷第五期）。此項見解似認為，原告就其原先據以引用同條第一項所列各款時所已主張之同一事實，可另引用同條第二項之規定求法院就該事實為審判。如然，則其仍係以原告所為實體法上定性為特定訴訟標的之單位標準，既非認為原告所陳原因事實得逕據以特定訴訟標的，亦不認為在此經限定之本案審判對象範圍內，由受訴法院使當事人為如何適用法律（應否適用同條第二

本來，適用上述法理之必要性，乃立足於訴訟標的機能論為觀察時所應然，原不因民訴法已否予以明文要求而有異，可是卻未被向來之審判實務所充分認知，此從本件受訴法院之審理過程亦可察悉。<sup>15</sup> 析言之，在本件案例，X起訴時於訴狀上所陳原因

項於上開同一事實）之辯論即可（參照新法第一九九條第一項及第一九九條之一第一項）。④關於新法施行後之最高法院態度有何變化，請併參照下述註15之說明。

- 15 〔原因事實之同一非即單一〕關於此方面之實務上認知，自新法增訂第一九九條之一第一項及第二四四條第二項等規定施行以後，最高法院之見解已有所變化。例如，同院九一年台上字第一〇四三號判決表示：「適用法律乃法院之職權，法院就原告所『主張起訴原因之事實』判斷其法律上之效果，不受原告所述法律上見解之拘束……」，而據此指摘原審法院針對原告主張之原因事實，不應該不就其所未引用之民法上規定加以審酌。此項判旨雖可被理解為，其係認為原告所陳述之原因事實可以且應該準以特定訴訟標的，但因其未同時判示原告所陳述之原因事實必僅構成一個訴訟標的，亦未言明該原因事實不可能有廣狹或範圍大小不同之情形，所以似尚難認為該項最高法院見解含有「已明顯地採取新訴訟標的理論」之意旨。〔不過，亦有認為其含有該項意旨者如：黃國昌「新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成（上）」（台灣本土法學四四期，二〇〇三年）四五至四六頁〕。

其實，如原告於訴訟上有關原因事實之陳述中涉及或含有二個原因事實，而各該事實實體法上可能分別該當於發生並立或競合的二個請求權時，就其訴訟標的究為一個或二個，仍可能牽涉新、舊訴訟標的論上爭議問題。為處理此問題，宜先認知：原因事實同一非必恒屬原因事實單一；此二者之區別，對於探討訴訟標的應如何特定之問題，並非全無實益。此項認知，可準以論評其他最高法院裁判先例所示有關如何處理同一原因事實之見解（如：同院五六年度台上字第三〇六四號判例、五一年度台上字第三六二三號判決等）及其相關之新、舊訴訟標的論上評述〔參照許士宦「請求之基礎事實、原因事實與訴之變更、追加」（台灣本土法學雜誌三三期，二〇〇二年）四〇至四一頁所介評者〕。亦即，尚待探討的是：該類見解、評述或向來有關如何特定訴訟標的之論者是否已充分意識到，當事人所陳述之同一原

因事實非必均為單一原因事實；如果其所陳述者含有二個原因事實時，亦可能有應該認為其所特定之訴訟標的有二之情形？

與此相關，於上開新法施行後出現之另一最高法院判決（九一年度台上字一〇八五號，載於台灣本土法學雜誌第四一期，一五七頁），亦值論評。其判旨略為：如四七年台上字第四三〇號判例所示，民事訴訟採不干涉主義，凡當事人所未聲明之利益，不得歸之於當事人，所未提出之事實及證據，亦不得斟酌之，此觀民事訴訟法第三八八條之規定自明。查公司股東會決議之召集程序或其決議方法，違反法令或章程者係屬二個不同之訴訟標的，原告X（股東）訴請撤銷被告Y公司於某日所作成之某項股東會決議，就Y所自認該次股東會之召集未通知X一事，X於起訴時先主張Y於某日所召集該股東會之程序違反公司法第一七二條第一項前段規定（指：有關開會通知應於二十日前通知各股東之規定，下稱該當於此之事實為C<sub>1</sub>事實），繼於第二審為回應Y之攻擊始主張該股東會召集程序違反Y公司章程第十五條規定（指：有關不承認開會通知可以公告代替之規定，下稱該當於此之事實為C<sub>2</sub>事實）。此際，X之該項主張如為防禦方法，則原審法院不得斟酌之；如為訴（訴訟標的）之追加，則就其是否合法原審法院未予說明前，應不得遽以前開召集程序雖未違反法令，卻違反上開章程規定為由，判決撤銷該股東會決議云云。此項判旨似非全不顧及C<sub>1</sub>或C<sub>2</sub>等事實（成為撤銷事由之原因事實）與訴訟標的如何特定之關聯，可受一定之評價。可是，其沿襲向來判例將處分主義與辯論主義混為一談之態度，而就此二主義各所適用之事項不加區別，即均引據有關採用處分權主義之民訴法第三八八條規定為處理〔關於該二主義應有區別，請參照前揭「機能演變」（見註4）八九頁〕，並未明確提示原告為特定其訴訟標的須將原因事實（使某次股東會決議含有瑕疵之撤銷事由）表明至何程度，仍有尚待商榷之處。亦即，從其判旨尚未能證明：在X就其訴請撤銷Y公司某項股東會決議之聲明，已表明有關該次股東會之某日召集程序有得撤銷之某項事由或X未受該項召集通知時，是否仍不可認為，X已將訴訟標的之特定所需原因事實（事由）表明至可識別其於本件求為審判之對象（限於該日所召集某股東會之瑕疵或違法）係有異於非屬本件所求為審判者（不求法院就他日所召集他次會議之瑕疵或違法為審判）？宜否將此項原因事實之主張（X未受該項召集通知之事實主張）界定為其係可能涵蓋C<sub>1</sub>事實或C<sub>2</sub>事實等類事實之內之包括性原因事實？為保障程序處分權、程序選擇

事實含有二部分：其一是，主張：X於六十四年五月八日出租甲地予Y時，Y曾書立「覺書」表示願以政府公定地價為準計算租金，卻於事後不予履行，而僅按年支付租金二萬六千元，經再三

權，應否賦予原告（X）有選擇以該包括性原因事實為準劃定訴訟標的之機會〔關於如何處理此方面問題，訴訟標的相對論所持見解與二分肢說之間有何異同處，請參照筆者在民訴法研究會第四十九次研討會之闡述（「民訴研討會」六三頁）〕？在應認為原告可以且已經如此選擇、劃定訴訟標的之前提下，卻認為法院不得斟酌原告後續提出主張之C<sub>2</sub>事實云云之見解（如上開判旨般），能否免於被評議為：其係將狹義原因事實（新法第二四四條第一項第二款所定者）之機能與廣義原因事實（新法第二六六條第一項第一款或第二七八條所定事實）之機能混為一談，以致難免使當事人遭受突襲性裁判（如：就某次股東會所作成某項決議有無瑕疵即撤銷事由之裁判，因其不斟酌C<sub>2</sub>事實時所導致認定事實的突襲及法律適用的突襲；誤認為C<sub>2</sub>事實之斟酌屬訴外裁判而違反處分權主義即民訴法第三八八條之規定，乃將事件發回原審時所導致促進訴訟的突襲。關於上開規定之適用，併請參照前揭「機能演變」一〇一至一〇三頁）？認為不問原告是否選擇以上開包括性原因事實或瑕疵為訴訟標的之特定，一律應將某次股東會召集程序或決議方法違反法令或章程者再為細分，而使其每一分段各構成不同之訴訟標的云云〔如：楊建華，問題研析民事訴訟法（一九八九年）二二〇頁〕，並要求原告僅得以C<sub>1</sub>事實或C<sub>2</sub>事實為準各別構成訴訟標的，以致認為原告在同一程序上先後主張此二者時屬訴訟標的之追加一事，是否既不符程序利益保護原則及程序選擇權之法理，亦違反訴訟經濟（如：就召集通知之有無等類同一瑕疵或紛爭，避開二道程序為重複審理，以免浪費司法資源而加重整體法官負擔）、擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求〔關於應依循程序利益保護原則賦予當事人有請求合併審判之機會，請參照前揭「程序利益保護原則」（見註4）一文內「參、二、（一）」之闡述〕？如果上開判旨含有原告起訴時應同時併就其所陳原因事實為實體法上評價無誤，始屬起訴合法（就其所主張之撤銷事由，評價其係該當於違反某項法令或違反某項章程，如其未如此評價或評價有誤，即屬未表明訴訟標的而為起訴不合法）等意，則其見解是否未充分認知法官知法及審判獨立等原則？（併請參照上述註14）

催告，均置不理云云（下稱其為原因事實A）。其二是，主張：X與Y成立不定期租賃後，隨著土地需求劇增及土地價值不斷飆漲，租賃物即甲地之價值亦逐年調漲，可是其租金卻未曾調漲，為此請求法院依民法第四四二條前段，斟酌相關情事，調整租金為每年依申報地價百分之十計算云云（以下稱其為原因事實B）。其中，就原因事實A而言，其陳述係就可能該當於因契約所生租金調整請求權（下稱權利A）之事實為主張，而具有提示原因事實A作為本案審判對象，而求法院依職責適用實體法就X有何權利為裁判之意旨。於此，X雖未同時表明其已自為實體法上定性而有意以權利A為審判對象，但依上述之法理，尚不得認為其所為原因事實之陳述係與訴訟標的之特定無關，所以受訴法院仍應在X所為訴之聲明範圍內，將其以原因事實A所特定者作為訴訟標的（下稱訴訟標的A）。又，就原因事實B而言，其陳述係就可能該當於民法第四四二條所定因情事變更所生租金調整請求權（下稱權利B，姑不論其在實體法上應屬一種形成權或權利變更請求權）為主張，而具有提示原因事實B作為本案審判對象，求法院依職責適用實體法就X有無其所示權利B為裁判之意旨。於此，縱使法院因先審理訴訟標的A之結果，形成心證認為X係就原因事實A誤用法律而自以為有權利B，其實X僅有權利A云云，仍不應以X犯有法律適用上錯誤為由，將X以原因事實B所特定者排除於本案審判對象範圍之外。亦即，於此情形，受訴法院仍應將X以原因事實B所特定者作為訴訟標的（下稱訴訟標的B）。

循上而論，受訴法院應就原因事實A及原因事實B之陳述，均進一步為必要之審理，可是在本件之審理過程則不然。亦即，本件之受訴法院未充分認知上開原因事實之陳述所具特定訴訟標

的之機能，終致僅就權利B之存否及其判斷所需具體事實為審理，而未就原因事實A之陳述如何涉及訴訟標的之特定為必要之審理，難謂已盡充分審理之能事（參照新法第一九九條之一第一項、第一九九條及第二四四條第一項第二款）。<sup>16</sup>更具體言之，本件受訴法院本應於起訴後之程序前階段踐行如下之爭點整理，卻始終未為之：①應闡明當事人是否有意就原因事實A所可能該當發生之權利，亦求法院為審判？蓋以為了保障衍生自處分權主義之程序處分權，貫徹程序選擇權之法理，就是否求為此項審判，當事人應被賦予選擇之機會，以平衡追求實體利益及程序利益。此二利益中，屬於前者之情形有如：因原因事實A被列為審判對象而經判定為存在時所能實現之利益即權利A；因權利A被判決認定為存在，遂自當事人約定日起，而非自認定X有權利B之判決確定日或其調整租金之表意到達日起，算付租金時所可獲得之利益；因該起算日提前而導致X可主張Y負遲延責任時所能獲得之利益等類。又，屬於程序利益之情形有如：因有關權利A之審判能先於有關權利B之審判獲儘速進行時所可導致之勞費節省；因僅求法院就訴訟標的A為審判，而不求審判訴訟標的B時所可能避免之舉證上勞費付出等類。為此類利益之追求，X可藉其起訴後之本訴程序，而Y則可經由答辯或以反訴方式，分別利用上開機會。②在X回應上開闡明，而表明其係有意求法院併就訴訟標的A及訴訟標的B均為審判時，受訴法院應續行闡明：X

16 關於新法第一九九條之一第一項及第一九九條應如何適用及相關問題之處理，請參照前揭·爭點整理方法論，四八頁以下；許士宦「接近正義與闡明義務」（台灣本土法學雜誌，二〇〇一年實務見解回顧）七一頁以下；筆者在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之闡述（「民訴研討四」一九六頁以下）。

有意如何定該二者之客觀合併型態（審判順序）？因為，依處分權主義，基於其所衍生之程序處分權，X為平衡追求實體利益及程序利益（如：將舉證上較需勞費付出之某訴訟標的排列為預備請求時所可能蒙受之利益），就A及B等二訴訟標的，得為預備合併或選擇合併，並不論該二訴訟上請求是否處於相排斥、能否並存或實體法上相競合等關係。況且，縱使認為可容許X選擇將A及B等二原因事實統合為一個紛爭事實，而求法院於其所示一個訴之聲明內為審判，為了平衡保護實體利益及程序利益，上開客觀合併型態之利用，亦屬可許。至於是否宜將此種情形之合併稱呼為不真正客觀合併，則屬次要事。<sup>17</sup>

固然，在適用處分權主義之訴訟程序上，於法院為上開闡明以前，X原可能且應該主動為上述表明，以限定法官審判之範圍及順序，而不必等待法官有所闡明始予回應。可是，在本件，當事人雖委有律師為訴訟代理人，竟亦未能善用其法律專業知識協助當事人主動為之，以致其追求上開利益之機會未獲應有之保障。從此角度觀之，本案判決所尋得、確定的權利內容及「法」內容（如：權利A被列入於審判對象範圍內而受本案判決容認時所示權利或「法」內容，係有所不同於非然之情形所示者），實乃受法官及律師等法主體面之健全度、充實度所制約。因此，如何在此方面有所變革，將左右程序權受保障之虛實及上開利益歸屬者所享程序主體權受保護之程度，且規制本案判決內所尋求之「法」內容。因此，為防止發生突襲性裁判、貫徹程序權保障之要求，並平衡保護當事人之實體利益及程序利益，縱使在舊法所

認法官負闡明義務之下，亦應要求受訴法官就原告之聲明及事實上陳述，曉諭其所疏未明確主張之法律關係；並應於調查證據前，將爭點（事實上及法律上爭點）曉諭當事人。如今，此項要求已為新法所明認（第一九九條之一第一項、第二九六條之一第一項），應值肯定。可是，本件之受訴法院卻未認知及此。

### 三、訴之聲明有無被活用於兼顧實體利益及程序利益？

在本件，X所為訴之聲明能否與其訴訟標的之表明相對應，而可適切兼顧實體利益及程序利益，亦值探討。此乃有關X宜如何配合其提示之訴訟標的為訴之聲明，以及受訴法院應如何闡明、整理此方面爭點之問題。

#### (一)因契約所生租金調整請求權為訴訟標的時之裁判方式

如上所述，於X主動表明或經法官闡明乃表明，其有意以原因事實A所特定者為訴訟標的之情形，不論X有無同時自為實體法上定性而表明其係基於權利A起訴，受訴法院均應認為訴訟標的已經特定。問題是，此時X可能選擇之請求裁判方式為何？其是否已適切為訴之聲明，而宜於兼顧實體利益及程序利益之追求？本來，在此情形，X基於原因事實A所為起訴，實即主張其於過去某時點於訴訟外曾與Y成立有關租金如何調整之約定，如果此項約定存在，則X所主張者應係自過去某時點已經發生存在之權利，所以不論就已因該約定而發生且其自稱尚存在之租金債權，或就此後（起訴後或言詞辯論終結後）始應照約定調整之租金而言，其可選用之請求裁判方式應屬給付判決或確認判決。亦

17 關於原告就實體法上競合之二請求權（非相排斥者），何以亦可提起預備合併或選擇合併，請參照邱聯恭「客觀合併型態之重整及不真正客觀合併型態之認知」（「民事研討(四)」）六八頁以下）。

即，X可能選用以提起者為給付之訴或確認之訴，藉此請求法院作成回顧性裁判（認定上開約定事實存否而適用實體法為裁判），是與X表明訴訟標的B時，係請求法院作成創設性、展望性裁判（即一種形成判決）之情形有所不同。因為，在X就訴訟標的A求為裁判之情形，通常，法院應先行認定X所主張之約定（如何調整租金而使租金債權發生之契約）存否、其所稱約定之權利發生要件事實及權利內容（應為調整之租金額或其計算標準）為何；如X預慮所約定租金額逾法定最高限制額之部分將不被容認，則可於聲明中自行予以減縮。而就此等約定事項及法定內容之判定，原則上法院並無裁量權（不得依職權變動契約內容、酌定租金額或法定要件）。

準此而言，在本件案例，X係提出記載其所稱兩造間約定之覺書，主張其與Y曾約定將來（訂約後租賃關係存續中）在一定條件成就時按一定標準（公定地價）計算租金，而非主張兩造間曾約定將來可請求法院裁量調整或酌定租金額等類事實。為此，就起訴以前（至言詞辯論終結以前）已發生而尚未履行之租金債權（未履行之一部或全部），X原可提起給付之訴。可是，X雖主張原因事實A，並提出上開覺書作為證據方法，卻僅聲明求為判決自起訴前某日即八十四年元月一日起將租金調整為每年依申報地價百分之十計算，而未同時對應於其事實主張及證據提出為明確之給付聲明。於此，X所為聲明（求為形成判決之聲明）與陳述之間尚有不明瞭、不完全之處，為防止發生突襲，受訴法官本應加以適當之闡明卻未為之，應屬違背程序規定。因為，X所為原因事實A之陳述除發揮使訴訟標的特定之機能外，尚發揮賦予訴訟上請求正當化論據以便整理爭點之機能（參照新法第二六六條第一項，其第一款所謂「請求」係指訴訟上請求，而非指實

體法上請求權）<sup>18</sup>，關於其間之對應關係為何，如當事人之陳述有所不明瞭或不完全，法院應曉諭其敘明或補充之，否則即屬不符要求法官盡闡明義務以防止發生突襲性裁判之規定。此事縱使於舊法時代亦屬應然之理，何況新法已加重此方面之闡明義務（第一九九條、第一九九條之一、第二四七條第三項、第二六八條、第二六八條之一第二項及第二九六條之一第一項）。

又，就起訴時（至言詞辯論終結時）尚未發生之租金債權而言，由於Y答辯時爭執上開覺書上之約定，而自承其認為X所請求逾每年二萬六千元部分之租金額過高，乃拒不照X所主張之租金額為支付一事，此項Y之陳述係與X所為有關Y僅按每年二萬六千元付租金，而今後將仍不照原約定標準計算租金等陳述相對立，所以其所凸顯之兩造間爭點是：今後應否照X所稱約定之標準計算租金？此項約定之計算標準是否為覺書所載公定地價？抑為Y所主張其已照X通知繳付之每年二萬六千元？此金額是否為兩造間所明示或默示約定應為調整之每年租金額之全部或部分？要之，此時兩造間之主要爭點為：兩造間有無約定每年按一定標準計算租金之契約？為解決此項紛爭而追求實體利益（因租金計算標準明確而被自動履行時所可獲得之利益），並為預防今後就如何調整租金或租金額多寡續生爭執以致蒙受程序上不利（如：因就租金額多寡有爭執以致為此行催告、交涉或逐年涉訟時所伴生之勞費付出），X應有訴請判決確認之訴之利益<sup>19</sup>，可

18 關於原因事實之陳述具有特定訴訟標的及賦予訴訟上請求正當化論據等二重機能，請併參照前揭「爭點整理方法論」，一三頁、五三頁；上述註13至15之說明。

19 就將來發生之權利，在一定範圍內，亦可能有求為判決之確認利益。關於此，請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十三次及第六十四次研

依據上開爭執事實訴請判決：確認Y向X承租甲地之租金，今後（言詞辯論終結後）應按年依申報地價百分之十（或約定之某比率或金額某元）計算。為此項訴訟上請求所提示之訴訟標的應是X以原因事實A所特定者，而使其正當化之理由（新法第二六六條一項第一款所定「理由」）則為權利A即因契約所生租金調整請求權，並不當然適用民法第四四二條。縱使X有引用此項規定之情事，亦僅屬其為促進訴訟或促成正確裁判所為法律上陳述之一種（民訴一九三條第一項），其誤用對於法官並無當然之拘束力。亦即，此時法官仍應依職責為正確之法律適用。可是，就此方面爭點整理應有之審理取向，本件之受任律師並未為適切之法律上辯論，而受訴法官亦未為必要之闡明，以致未能適時處理應否為上開回顧性裁判之問題，而伴生突襲。

#### (二)因情事變更所生租金調整請求權為訴訟標的時之裁判方式

於本件，X既係主動表明原因事實B，而求法院依民法第四四二條前段酌為調整租金，受訴法院固然應以訴訟標的B為本案審判對象。問題是，此種以因情事變更所生租金調整請求權為訴訟標的之訴，究應該或可以選用何種請求裁判方式？宜如何為訴之聲明，始能兼顧實體利益及程序利益之追求？關於此類問題如何處理之探討，是否亦涉及宜如何論評：最高法院就有關租金調整請求事件屬何種訴訟類型所示見解是否妥當？其射程或適用範圍為何？按：關涉此方面問題之最高法院見解謂：「調整租金之訴為形成之訴，法院應為形成判決，以確定其增減之租金額。至

於請求給付調整後之租金則為給付之訴。為訴訟經濟起見，此給付之訴，固得與前開形成之訴合併提起，若未求為形成判決，逕請求給付增加之租金，則因增加給付之租金究為若干，未經確定，自屬無從准許。原審就形成之訴部分，未善盡闡明職責，令被上訴人為適當之聲明，即命上訴人給付增加之租金，自有未合。」<sup>20</sup>；又謂：「民事訴訟法第三百九十七條第一項（筆者按：係指九十二年二月修正前之規定）所謂因情事變更，法院應為增減給付或變更其他原有效果之判決者，以法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由致情事變更，非當時所得預料，而依原有效果顯失公平為要件。如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，對於應如何調整給付已有約定者，自無情事變更原則之適用。又房屋或土地出租人，依民法第四百四十二條提起請求增加租金之訴，如起訴前之租金並未按原約定租額付清，則法院准增加之判決，得自出租人為調整租金之意思表示時起算。故起訴前未為此項意思表示者，即不得溯及請求調整，本院著有四十八年台上字第五二一號判例。…」<sup>21</sup>。

本來，在適用處分權主義以兼顧實體利益及程序利益之訴訟架構下，原則上原告基於程序處分權<sup>22</sup>，有為訴之聲明之權能及責任，得藉此選擇其請求法院裁判之方式。從此而言，在類如本件出租人為原告X而訴請判決調整（增加）租金之事件，其訴之聲明可能從如下所例示之態樣中選用，非必可一概而論。亦即：

20 最高法院八一年度台上字一五〇〇號判決

21 最高法院八六年度台上字一三六四號判決。按：此判決所引用之民事訴訟法第三九七條所定情事變更之情形，原屬實體法上事項，已於九十二年二月修正民訴法時被刪除，而改採變更判決之訴。

22 參照前揭「司法現代化」一三四頁以下。

討會之闡述（載於「民訴研討四」四四七頁以下及「民訴研討（六）」七四頁以下）。

① X可訴請判決：「Y應給付X自某日（X為調整租金之意思表示時或其後已部分履行之日）起至言詞辯論終結日止每年（期、月）a元（或依一定比率計付，即X所要求調整之租金額經扣除已償付之部分者），並自該日以後將租金調整為按年a元計算。」<sup>23</sup>於此，就其中聲明求為判決「將租金調整為按年a元計算」（形成聲明）之部分而言，由於該a元係X依處分權主義所自行提示之上限額，所以在不逾該a元之要求額內，受訴法院尚得斟酌相關情事為公平之裁量（屬一種實體法上非訟化），而可酌定為更低額。此時，X所請求之判決具有形成性，其訴為形成之訴，而求法院為一種創設性、展望性裁判，非屬回顧性裁判。可是，就上開聲明中言詞辯論終結日以前已發生而尚未履行之部分而言，X所為聲明則兼具形成之訴及給付之訴之性質，因為就X所表意要求調整之租金額，法院仍保有上述裁量權，在不逾X所示上限額之範圍內，其表意對法院不當然具拘束性，所以該部分X聲明之內容實即請求法院於形成權利內容之同時，並下給付判決。準此而言，在本件案例，X僅聲明求為判決自起訴前之八十四年元月一日起調整租金，並未就言詞辯論終結前已因調整租金之表意而發生之租金債權，合併聲明求為給付判決，以致法院

23 租金調整（增減）之效力究應自當事人為調整之表意時，或自判決確定之日起始溯及於該項表意時發生，既有關於租金債務如何定其履行遲延時之問題，亦涉及宜否將租金調整請求權定性為純形成權或權利變更請求權、宜否同時適用誠信原則為處理等類爭議事項〔參照幾代通編·注釈民法15（一九八一年）四三八頁以下；遠藤 浩等編·不動產法大系Ⅲ（一九七七年）三〇二頁以下〕。為此，原告如預慮其對於受訴法官所持該方面見解有預測上困難，則宜從兼顧實體利益及程序利益之觀點，依個案情節（如：視舉證上難易之程度）適切為訴之聲明，非必均以調整租金之表意時或判決確定日為表明訴訟上請求之基礎。

無從逾其聲明事項之範圍為判決。在此點上，X之聲明實未能兼顧實體利益之實現。伴隨於此，為該利益之實現，在Y不自動履行該部分調整後已發生之租金債務時，X將須另行起訴而蒙受相當之程序上不利益。此類實體上及程序上不利益之導致，實肇因於當事人未善用訴訟上請求方式、受任律師及受訴法官未能為必要之協助，亦即因其未能立足於保護當事人利益之立場為闡明。

要之，就調整（增加）租金之表意後已發生卻尚未履行之租金債權，如出租人X逕提起給付之訴主張起訴前已發生之該部分債權（聲明求為給付判決），而未同時另聲明求判決調整租金時，在其已陳述原因事實B，而認同最高法院見解自該項表意時起算租金之前提下，該訴可理解為兼具有形成性，係含有求法院為裁量以形成、創設租金債權內容之意旨，所以縱使在外觀形式上未另為形成之聲明（自該表意日起將租金調整為某元之聲明），亦屬可許。因此，上開最高法院判決認為，原審就未併為此項形成聲明之訴所為給付判決係屬違法而應予發回云云，係有害於當事人之程序利益（因其發回將造成勞費付出），非屬妥當。

② X可僅提起上開形成之訴，而不就其自稱已在起訴前發生之租金債權，合併提起上述兼具形成性之給付訴訟，以追求程序利益。屬於此類程序利益之追求者例如：X就其於起訴前所為調整租金之表意，預慮可能遭遇舉證上困難，如勉強訴請就其所稱自該項表意日起已發生而未履行之租金債權為給付判決，將伴生不相當之勞費付出（訴訟拖延）時，可不就繫於該部分債權之實體利益為訴訟上請求，而自行縮減為以起訴行為兼為調整租金之表意，藉此優先追求程序利益（避免蒙受上開勞費付出之不利益）。此時，該部分未履行之債權在客觀上雖可能真實存在，但

其所繫實體利益之追求，則退讓於當事人對程序利益之優先追求，此乃由於當事人行使程序選擇權之結果。為保障此項選擇權，於本案審理過程（爭點整理時）遭遇上開舉證上困難時，法院應經由闡明賦予當事人有為上開減縮之機會。

③在出租人未曾於起訴前為調整租金之表意，而承租人並無積欠租金之情形，就此後（起訴後）租金之調整，通常出租人係僅提起如上所述之形成之訴，而以起訴行為兼為調整租金之表意。於此種訴訟繫屬中，在認為應以起訴日為租金調整日之前提下，X可於同一程序，就言詞辯論終結前已因調整而發生且尚未履行之租金債權，合併聲明求為給付判決。於此，其給付之聲明係合併於形成之訴之聲明。<sup>24</sup>此種聲明之合併，係就同一原因事實利用同一訴訟程序所為，既符程序利益保護原則，亦能貫徹公益維護層面上訴訟經濟之要求，並無害於對造防禦權之行使，所以縱使在訴狀送達後亦可由原告主導為之，且亦可予以理解為屬於一種判決事項聲明之擴張（新法第二五五條第一項第三款、第七款）。

基上析述，上開最高法院所示見解之射程及適用範圍，宜依個案情節重新評估。而且，在本件案例，受訴法院未適時為如上所述之闡明，以致其審理活動伴生促進訴訟的突襲，不符保障程序利益及適時審判請求權之要求，亦屬可議。

24 此種聲明之合併型態宜稱為重疊合併，係聲明：法院認形成聲明為有理由時，始求審判給付聲明；如前者為無理由時，則不求審判後者。關於此種客觀合併之認知必要性及其法理基礎，請參照「民訴研討(四)」（見註 17）六八頁、七三至七四頁。

#### 四、爭點整理取向之偏差如何導致實體上及程序上不利利益？

一般，為促成審理集中化，從當事人應如何遂行訴訟之立場而言，於起訴時或本案審理之前階段，原告應陳明其訴訟上請求所依據之事實、理由及所用證據；而被告則應針對該項原告陳述為答辯而提出其所需事實、理由及所用證據，是乃當事人所負一般性訴訟促進義務，且為新法所明文要求者（第二四四條第三項、第二六五條、第二六六條第一項及第二項）<sup>25</sup>。又，從受訴法院應如何行訴訟指揮以防止發生突襲之角度觀之，法院應使當事人整理並協議簡化爭點，是本為舊法時代所應然，如今亦經新法加以明認（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一及第二七一條之一）。<sup>26</sup>通常，於此類爭點整理程序上，可依案情需要採用論理型爭點整理模式或事實型爭點整理模式。<sup>27</sup>亦即，在原告起訴時選用權利單位型訴訟標的之情形，宜採前者之模式，以便經由闡明致力釐清、確定：當事人各所主張有關該權利發生之要件事實（主要事實）之內容及其相關間接或補助事實之內容為何、其中兩造有爭執而需證明者與無爭執者各為何等事項。又，在原告提示某原因事實以特定訴訟標的，卻未同時具體表明其據以起訴之實體法上權利為何時（選用紛爭事實或原因事實單位型

25 參照前揭「程序選擇權之法理」（見註 8）六六頁內註 17 之說明。

26 參照邱聯恭「爭點簡化協議程序之運用方針」（前揭，爭點整理方法論）七四頁以下。

27 參照前揭，爭點整理方法論，八三頁、一〇一至一〇二頁註 29 及註 30 之說明。

訴訟標的之情形），則宜採事實型爭點整理模式（新法第一九九條之一第一項之規定可認為係含有促使法官採此模式之意旨），以便就當事人所主張之事實，一邊解釋、適用實體法，一邊加以分析，而釐清、確定：當事人所陳原因事實中何部分可能被篩選而評價為該當於某權利發生之要件事實、何部分事實係與實體法上某規定之適用相關、其中有爭執而需證明者與非然者各為何等事項。

準此，在本件案例，就原告X提示原因事實B，並同時述明請法院依民法第四四二條前段之規定酌為調整租金乙節而言，係宜採用上述論理型爭點整理模式，以便釐清當事人所主張該當於發生權利B之要件事實或具體事實為何等事項。而就X提示原因事實A卻未述明其係據權利A起訴乙節而言，除應處理有關如何特定訴訟標的之前述問題（請回顧上述「二」之評析）以外，尚應採用上開事實型爭點整理模式，以便釐清當事人有無主張該當於發生權利A或其他權利之要件事實等事項。可是，本件受訴法院始終未意識及此，以致未能踐行此方面之爭點整理程序，而使有關原因事實A之審理伴生突襲。此即肇因於未就原因事實A為爭點整理所伴生之法律適用的突襲及促進訴訟的突襲，因此當事人終於遭受實體上及程序上不利益。<sup>28</sup> 析言之，由於因情事變更所生租金調整請求權之要件事實（主要事實）被抽象化、概括化（民法第四四二條並未就權利B之發生規定明確之要件），所以為了裁判該權利有無發生及其存否範圍（創設性、展望性裁判），通常須先認定相關具體事實（重要之間接事實）為何。而且，由於此方面之實體法上非訟化而承認法院有裁量權，並不即

意謂必亦導致程序法上非訟化，所以縱然認為權利B之存否範圍應由法院依職權為酌定，其用以酌定之裁判基礎資料仍應照常適用辯論主義即協同主義蒐集、提出。亦即，原則上應由當事人就此類資料及上開具體事實為主張、舉證，而由法院為必要之協力。<sup>29</sup> 一般而言，屬於此類具體事實者有如：自原租金額被決定時起已否經過相當期間、其間社會經濟情勢有何變動、於為調整租金之意思表示（請求）時原定租金額是否不相當、有無與其判斷相關之情事（諸如：週圍地之使用價值、稅額多寡、通路大小或是否狹隘之實況、交通設施之充實程度、下水道等排水設施是否充足、是否為低窪地而易淹水、近鄰處有無噪音、有無其他公害發生源……）等等，不一而足。正因如此，關涉此等事實之主張、舉證及證據調查，往往需多勞費付出，且兩造間每頻生事實上或證據上爭執，均難免動輒衍生程序上不利益。況且，此類不利益之衍生，尚可能因受訴法官未能適時踐行事實上及證據上爭點整理而加厲，以致遠逾於就因契約所生租金調整請求權為審理時（以權利A為訴訟標的時）所將蒙受之程序上不利益。因為，關於權利A存否及其範圍大小之本案審理，通常就兩造間所主張之約定內容是否存在為之即屬已足，而其相關事證何在，係自訂約時起易為當事人所掌握，且較可期待其就此負預測、迅速提出之行為責任。

然而，在本件案例，受訴法院卻偏向僅就Y往年所繳年租金二萬六千元是否未達甲地申報地價年息百分之若干（d<sub>1</sub>事實）、甲地之時價如何評估（d<sub>2</sub>事實）、甲地是否為袋地（d<sub>3</sub>事實）、租金是否足付地價稅（d<sub>4</sub>事實）、Y利用甲地之經濟價值大小（d<sub>5</sub>

<sup>28</sup> 參照上述註5。

<sup>29</sup> 參照前揭「機能演變」（見註4）九九頁以下。

事實)等事實,漫然任使兩造為攻擊防禦而調查證據,且一再履勘甲地、命為複丈或囑託鑑定租金額是否相當,終致訴訟拖延多年,花費可觀之勞力、時間及費用。此類程序上不利益之發生以及上開審理未能導致繫於權利A之實體利益獲實現之結果,係肇因於受訴法院未能適切踐行爭點整理。其所未能經由闡明以整理、釐清之事項有:X是否有意亦以其所陳原因事實A特定訴訟標的?其是否有意將訴訟標的A列為先位請求而將訴訟標的B列為備位請求?抑或有意就該二訴訟標的為選擇合併並期待法院就A先達成審判結果?就原因事實A是否不該適用民法第四四二條及X有無此方面誤用而被循以擬定審理方向?有關上開 $d_1$ 、 $d_2$ 、 $d_3$ 、 $d_4$ 及 $d_5$ 等類事實之主張、蒐集及證據調查是否對於訴訟標的A之審理尚非直接必要而具關聯性(併參照新法第二八五條第一項)?

## 五、指望爭點整理學之開展

如本文評析所顯示,在權利A(如:因契約所生租金調整請求權)與權利B(如:因情事變更所生租金調整請求權)所具經濟價值(成為權利內容之金額或價額)係相同或相當之情形,不論此二權利在實體法上是否並立或相競合,縱使從實體法上觀點可認為,以其中何者為本判決之對象基礎而予以容認,對於訴之聲明所示實體利益本身之實現並無差異,亦尚須同時立足於訴訟法上觀點,併考量有關該二權利之審理所涉程序利益之大小輕重,而將此項程序利益與上開實體利益之追求予以平衡兼顧。為此,基於程序處分權,當事人可經由訴訟上請求之表明(訴之聲明及訴訟標的之提示)主導決定如何利用各該程序,以平衡追求

實體利益及程序利益,而選擇優先追求其中何者,此乃依循程序選擇權之法理所應然。尚且,為貫徹此法理及程序權保障之要求,並為防止發生突襲性裁判,受訴法院應適時為必要之闡明,使當事人有機會得為上開考量、選擇,而適切表明訴訟上請求。

要之,訴訟上請求之表明宜被用為平衡追求實體利益及程序利益之手段,藉此促使本案審理導向於更能同時涵蓋實體法上與訴訟法上觀點。在此意義上,訴之聲明及訴訟標的之表明、特定,乃訴訟上行使程序處分權、程序選擇權之一種表現型態,對於實體法規範與訴訟法規範(訴訟法上要求)之對應互動,可發揮架橋作用。抑且,為便利達成上開考量、選擇之目的,需先行認明上開實體利益及程序利益各繫於該程序之進行所涉何具體事項。為此,必須面對、克服之民事法學上基本課題是:如何同時立足於實體法上及訴訟法上觀點,整理相關之法律上、事實上及證據上爭點,以釐清其所涉實體利益或程序利益各為何?如宜將研究如何處理此方面相關諸問題之學門姑且稱呼為「爭點整理學」<sup>30</sup>,則此學問領域應嘗試探討如何使訴訟上請求及其相關審判涵蓋實體法與程序法之交錯事項?如何將訴訟理論落實於審判實務,並藉後者刺激前者之進展,以促成此二者之銜接、交匯?

【本文係對於宜蘭地院八十五年度宜簡字第一二一號、同院八十七年度訴字第二八一號、台灣高等法院八十八年度上字第七〇八號、最高法院九十年台上字第六一一號、台灣高等法院九十年台上字第一三九號及最高法院九十一年度台上字第九一七號

30 此方面相關問題之提出,併請參照筆者在民事訴訟法研究會第七十三次研討會之闡述(載於「民訴研討(中)」五八頁以下。

等裁判及其審理過程之評釋。其部分內容曾以口頭發表於二〇〇三年十月十八日由台灣大學法律學院民事法研究中心舉辦之第十一次民事裁判研究會，並進行共同討論，然後將全文刊載於台灣本土法學雜誌第五十二期及第五十三期（二〇〇三年）】

## 追加選定當事人制度之運用方針

——闡述其相關解釋論之前導法理——

|                  |     |
|------------------|-----|
| 壹、本文之目的          | 119 |
| 貳、制度創設之法理依據及立法意旨 | 120 |
| 參、追加選定當事人程序之運用方針 | 123 |
| 一、裁量權行使之指標       | 123 |
| (一)因應事件類型之特性、需求  | 123 |
| (二)依循程序利益保護原則    | 124 |
| 二、公告曉示程序之踐行      | 125 |
| (一)程序運作之主體       | 125 |
| (二)原因事實之必要記載     | 126 |
| (三)公告曉示之內容       | 127 |
| (四)併案請求之訴訟類型     | 127 |
| (五)相關規定之適用       | 130 |
| 肆、結語             | 132 |

## 壹、本文之目的

經全面修訂之民事訴訟法（下稱新法），在修正舊法相關規定以擴充向來所採一般性（固有的）選定當事人制度（第四一條所採者）之同時，另增訂第四四條之二（下稱本條）創設追加型選定當事人制度。此制度係指：容許訴訟外第三人（尚未起訴之共同利益人）經由法院之公告徵求程序，將已經以某等多數共同利益人（選定人、已起訴之共同利益人）之選定當事人（被選定人）名義提起訴訟者，追加選定其為選定當事人，而於該訴訟程序上為該第三人亦有共同利益者，基於同一原因事實提起併案請求。關於此項新制應如何理解之問題，在新法方開始施行而尚未累積運作經驗之現階段，已然成為民事訴訟法學界及審判實務界之共同關心事，而多被議論。<sup>1</sup> 此類議論亦促發筆者探討如何解釋、適用其相關規定之動機，而嘗試尋思：到底應否如何在全面修正後之新法體系中，為本條所認追加選定當事人制度定位？究

1 此方面相關論述有如：姜世明「選定當事人制度之變革」（月旦法學雜誌第九六期，二〇〇三年）一九頁；黃國昌「訴訟參與及代表訴訟」（月旦法學雜誌第九七期，二〇〇三年）二四頁；沈冠伶「多數紛爭當事人之權利救濟程序」（台灣本土法學雜誌第五一期，二〇〇三年）一七四頁；邱惠美「我國民事訴訟法中有關團體訴訟制度之研究」（法學叢刊第一九三期，二〇〇四年）一〇〇頁；許政賢「消費者保護團體損害賠償訴訟制度之再定位」（月旦法學雜誌第一一〇期，二〇〇四年）八五頁。又，在新法施行前，對於本條草案之評論，請參照王甲乙在民事訴訟法研究會第五十四次研討會之論文報告及相關研討紀錄，載於民事訴訟法之研討（略稱「民訴研討」）（六）第三四頁以下。

應循何方針處理相關問題？其實，探討此方面問題之解決方案，對於長年參與全面研修舊法、制定新法之筆者而言，原屬責無旁貸之課業。

意識及此，為便利今後之審判實務思考如何解釋、適用本條之規定，進而擬定有關其所認追加型選定當事人制度之運作方針，本文擬闡述、探討：本條創設追加選定當事人制度之法理基礎及立法意旨為何？其被我國立法者期待、要求發揮何等機能？從修訂新法之體系性意旨及其整體性走向而論，該制度之應用究宜依循何項方針？其有無可資借重之前導理論？

## 貳、制度創設之法理依據及立法意旨

在我國，程序利益保護論及新程序保障論之提倡者曾指明：在現代型紛爭事件，其紛爭係肇因於被列為被告者（如：製造產品之企業廠商、公害發生源之工廠）之活動，對於廣範圍之社會大眾，造成同態樣之利益侵害。由於此種「擴散利益」之內容為何及其歸屬主體之外延，每未必明確之故，倘仍採傳統的方法以「權利」為判斷標準，則往往難認其具有當事人適格。因此，為救濟該類利益受侵害，保障社會大眾均有平等接近法院之機會，究應循何標準，對何者（個人或團體）賦予提訴資格，乃成為程序法學上之課題。因其事關憲法上基本權（訴訟權、財產權、平等權、生存權等等）之保障問題，自不得無視於訴訟制度使用者（即訴權者）之立場。為此，應立足於保障人民平等使用法院之機會、同時賦予追求達成簡速裁判（迅速而經濟的裁判）之程序保障等觀點，尋求解決問題之方向云云<sup>2</sup>。

上開理論思想，亦應該且可能準以就本條所認制度加以評價。因為，此項規定係要求受訴法院，應更積極對於因同一原因事實而受害之多數利害關係人，賦予相當機會，俾其得能及時參與訴訟程序（利用選定形式上當事人之方法，使自己成為進行中訴訟之實質上當事人），以防止自行起訴時所可能蒙受之程序上不利利益，而平衡追求實體利益。從此而言，此處擴充選定當事人制度，係以增多訴外多數主張權利受害者選擇程序提起訴訟之管道為目的，實即意指賦予該等第三人追求達成簡速裁判之程序保障，而具有延伸程序選擇權之法理、貫徹程序利益保護原則等意涵<sup>3</sup>。

析言之，本條之立法理由謂：「由於科技進步，工商業發達，因同一公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一原因事實而發生之爭執，往往牽涉人數眾多，若逐一起訴，自不符訴訟經濟原則。」此項立法理由可被評價為：其所謂訴訟經濟原則應係以程序利益保護原則主旨，而附隨於此謀求達成公益維護層面上訴訟經濟。又，其立法係著眼於回應事件類型之特性、滿足其需求，此項走向係為上開理論思想所肯定，宜併從程序利益保護原則、程序選擇權之法理及民事事件類型審理必要論<sup>4</sup>加以解釋、

2 參照邱聯恭·司法之現代化與程序法（一九九二年）（略稱「司法現代化」）第一〇八頁至一〇九頁、三二二頁以下；邱聯恭·程序選擇權論（二〇〇〇年）第五頁；「民訴研討四」第四四七頁以下。又，指向於兼顧保護程序利益之我國程序保障論，係與日本之程序保障論有決定性之差異。最近，此事及其相關之我國立法走向，亦為日本學界所關注，請參照福山達夫「中華民國（台灣）の司法制度改正の動き——新民事訴訟法制定」（國際商事法務 Vol.32, No.7, 2004 年）八九八頁。

3 參照邱聯恭·程序制度機能論（一九九六年）第一六八頁；前揭「司法現代化」第八八頁。

適用。因為，本條所定制度是否被使用，最後係取決於共同利益主張者有無表明予以選用之意願，及其如何平衡追求程序利益（如：因本條所定制度之選用所可能節省之勞費付出）與系爭實體利益，此事係亦受制約於有無可促使追求程序利益之相當誘因或周邊配套制度。有鑑於此，新法乃致力於為有需起訴之紛爭當事人防免其蒙受程序上不利益，而同時為其增設有關減輕勞費負擔之規定，以資配套。亦即，責由國庫墊付公告所需費用（本條第四項）；容許有意起訴併案請求者聲請法院選任律師為其訴訟代理人（第四四條之四）；就其酬金，容許由法院針對事件類型之特性予以酌定（第七七條之二五）；併案請求者之裁判費超過一定金額時，得予暫免徵收（第七七條之二二第一項）。此等與追加選定當事人制度相配套之制度增設，顯均著眼於現代型紛爭事件之特性、需求，以減輕有需追加選定當事人者之勞費負擔、保護其程序利益、誘使其容易行使程序處分權及程序選擇權而提起訴訟為目的，所以難僅從公益維護層面上訴訟經濟之謀求（如：因該等人分別另行起訴時所可能招致法院整體負擔增大之防免）予以理解。毋寧是，倘無此等配套，則零星受害之多數權利受害人，將更難克服勞費負擔之障礙，以致將愈不得不亦放棄另行起訴求得權利救濟，終將導致訴訟制度喪失其存在價值之惡果。倘竟有出於此意圖以謀求訴訟經濟者，將不具何等實質意義。可知，本條之所以引進追加選定當事人制度，乃係以保護包含程序利益在內之法律上利益及擴散利益為目的，而以擴充選定當事人制度之利用可能性為手段，使實體法上權利（系爭實體利

4 參照前揭「程序制度機能論」第六頁以下、八九頁；前揭「司法現代化」第一〇七至一〇八頁、一四六頁；前揭「程序選擇權論」第三三頁以下。

益）歸屬主體有更多機會委由他人為其成為當事人適格者，經其遂行訴訟以受程序保障及平等使用訴訟制度之保護。

準此以觀，上開新法之走向，就其擴充救濟途徑以保護程序利益及擴散利益而言，並非如同向來有關選定當事人制度之設立目的論般，僅為簡化涉及多數實體法上紛爭當事人之訴訟審理程序，所以不宜將立法擴充該制度之目的、機能，予以狹隘視為僅指向於謀求法院之方便、減輕整體法院之負擔或公益維護層面上訴訟經濟。在此意義上，今後有關本條所定程序內容之解釋，除應顧慮如何防免因放任共同利益人分別起訴可能造成程序不經濟（違反公益維護層面上訴訟經濟）之問題外，應儘可能充分兼顧訴訟制度使用者之立場，賦予其有受程序利益保護之機會。事實上，上開立法旨趣亦落實於，增訂第四四條之一及第四四條之三等新法規定，而引進任意（意定）訴訟擔當團體及法定訴訟擔當團體等相關程序制度。

## 參、追加選定當事人程序之運用方針

### 一、裁量權行使之指標

#### (一)因應事件類型之特性、需求

本條就其規範之對象事件，予以限定於因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一原因事實而涉訟者，係以適用於該類現代型訴訟事件為主要著眼點。因此，應針對該類事件所具需求利用選定當事人制度之特徵<sup>5</sup>，在滿足其需求所必要之範圍內，儘

5 參照前揭「司法現代化」第一三至一四頁

可能容許追加選定當事人之聲請或由法院積極徵求原被選定人予以同意追加。從此角度而言，法院如此使追加選定當事人之訴訟指揮，係指向於協助共同利益人依處分權主義行使程序處分權，而平衡追求其實體利益及程序利益，藉此促使該審理主義發揮應有機能。在此意義上，應認為：愈可能經由選定當事人之追加獲得程序利益及實體利益之事件類型，愈宜適用本條規定被容許為選定當事人之追加。其適例有如：主張因同一次撞車事實導致多數人受害之事件；主張因某工廠排出物造成多數人受害之事件；主張因同一次公寓大廈販售行為或某違反證券交易法令之行為造成多數人受損害之事件。

#### (二) 依循程序利益保護原則

法院裁量權之行使應指向於，平衡保護相關共同利益人之程序利益及系爭實體利益。亦即，本條規定法院得於其徵得原被選定人同意時，或於原被選定人聲請經法院認為適當時，對尚未起訴之其他共同利益人為公告曉示。此項規定係承認法院有一定之裁量權，其裁量權之行使亦應受相當之制約，亦即應依本案審理之進行程度，依程序利益保護原則，考量：追加選定當事人之容許是否將造成原訴訟程序之過度延滯，或該制度有無被濫用，以致使原當事人（含已起訴之共同利益人及被告）遭受不公平之程序上不利益、過度妨礙其防禦權之行使或原訴訟之終結等情事。因為，本條所容許之追加選定當事人（合併為訴訟上請求），亦屬一種訴之追加（訴訟當事人之追加），而為普通共同訴訟之一種特別型態，既為第五三條第三款、亦屬第二五五條第一項之特別規定，且亦應依第二五五條第一項本文之規定受相當限制，非可無條件任由原告為之。惟其並非就必須合一確定之法律關係為

之，尚有異於第二五五條第一項第五款所定追加當事人之情形，所以法院於裁量容許追加選定當事人時，仍然應該依該項第一款、第二款及第七款等規定所示法理，為上述之考量，然後據以裁定是否為上開公告曉示或容許追加選定當事人。在原被選定人及對造（被告）均同意追加選定當事人併案起訴請求時，因其乃兩造基於程序選擇權處分程序利益之結果，所以原則上法院宜予尊重、容許（至於就第二審程序，則適用第四四六條第一項之規定）。

## 二、公告曉示程序之踐行

#### (一) 程序運作之主體

公告曉示程序之開始可由法院（已受理共同利益人起訴之法院）主動徵求原被選定人（該起訴者所選任之選定當事人）同意、由該被選定人或其他共同利益人（尚未起訴者）提出聲請經法院認為適當時為之（本條第一項、第二項）。有關宜否主動徵求及聲請是否適當之判斷，屬法院行使裁量權之內容，除應循上述考量方向為之以外，其判斷所需基礎資料，在涉及認定選定當事人之追加有無導致訴訟延滯所必要之範圍內，既可利用聲請人所提出之事實、證據，亦可由法院依職權調查之，除非經原被選定人及其對造當事人之同意（達成協議），似難認為部分當事人所為同意追加選定當事人之表示，必有拘束法院之效力。至於法院宜併將該項表示亦作為裁量之一項基礎資料，且應在其裁量判斷過程防止發生突襲性裁判，乃屬另一問題。

又，該項原被選定人之同意係單獨行為，應向受訴法院為之始生效力，且於對造及併案請求者回應該項同意為有關本案審理

之行為以後，不得再撤回該項同意。如此處理始符程序安定（程序信賴保護）之要求，而保護對造及併案請求者之程序利益。

## （二）原因事實之必要記載

法院為公告曉示時，應於其中表明請求（指訴訟上請求，非必等同於實體法上請求權）所依據之原因事實。此項原因事實係指，已起訴者依第二四四條第一項第二款為特定（表明）訴訟標的之陳述之原因事實而言，其表明係為特定各該選定人（共同利益人已起訴者及為併案請求者）經由其選定當事人所提示互不相同之訴訟標的為何，藉此發揮防止發生突襲、預告判決效力之範圍等機能。因此，共同利益人回應法院之公告曉示所提出之書狀亦應表明其併案請求（訴訟上請求即訴之聲明及訴訟標的）據以特定所必要之原因事實。此項原因事實係指狹義的原因事實，雖然可能被包含於第二六六條第一項第一款所定事實（廣義的原因事實即訴訟上請求所依據之事實）之內，但與此項事實在概念上尚有所不同。因為，該款之規定係以便利爭點整理、促成審理集中化為目的，乃要求當事人於起訴狀及準備書狀一併記載廣義的原因事實（併請參照第二四四條第三項），使其負一般性促進訴訟義務，此項廣義事實之記載並非原告為特定其訴訟標的所必須<sup>6</sup>。其實，為貫徹爭點集中審理主義，達成上開促使審理集中化之目的，表明追加選定當事人而為併案請求之共同利益人，亦如第二六六條第一項所規定者般，係被要求應於其聲請狀記載廣義的原因事實及相關證據（本條第一項），此項要求使該聲請書狀兼

具有起訴狀及準備書狀之性質，而以此記載作為提起併案請求及追加選定當事人之合法要件。因此，如該聲請狀有不備此要件之情事，且不依法院之命為補正時，該請求及追加選定當事人之聲請，均應被裁定駁回。

## （三）公告曉示之內容

法院應於上開公告曉示載明之內容為：類推適用第六六條及第六七條之一所認有關訴訟告知及職權通知之意旨，載明本訴訟之選定當事人、其選定人、訴訟標的、訴之聲明及程序進行程度或共通爭點；依本條第一項及第四項所酌定共同利益人得為併案請求之二十日以上相當期間（使有意提出上開內容之書狀者可為充分準備之期間）。此外，該公告內並應儘可能涵蓋適當之文字用語，以免被誤解為併案請求者必將受有利或勝訴之實體判決。因為，追加選定當事人制度之增設，係為增多共同利益主張人有選擇程序以平衡追求程序利益之機會，並不意謂在客觀上其必有實體利益可實現，所以法院如能運用訴訟指揮防止發生該種誤解，將更有助於保護紛爭當事人之程序利益，貫徹公正程序請求權之法理。此項防止被誤解之必要性，尤其存在於法院依職權為公告曉示其他共同利益人起訴之情形（本條第五項），如有未能充分防止該種誤解之虞時，法院不宜發動該項職權，且不宜逕依同項規定將其他共同利益人之另案起訴予以併案審理。否則，其亦有造成原訴訟拖延以致原當事人蒙受程序上不利益之虞。

## （四）併案請求之訴訟類型

本條所謂選定當事人先後就同種類法律關係提起之訴或併案請求，由於法律並未另限定該法律關係之種類或該訴求之類型

<sup>6</sup> 關於原因事實之記載與表明訴訟標的之關係，參照邱聯恭，爭點整理方法論（二〇〇一年）一一頁、五三頁。

（未限定訴訟上請求裁判之方式），所以應按具體案情及當事人依處分權主義所表明之內容為判定，尚難一概而論，且不應解為其必限定於損害賠償請求。實際上，該法律關係既可能是，基因於同一公害、交通事故、商品瑕疵等類原因事實所生侵權行為或債務不履行之損害賠償請求權、不當得利返還請求權或妨害制止（不作為）請求權等，亦可能是同類權利或其他法律關係被主張其係出於同一原因事實者。一般而言，該訴求之類型將多屬給付之訴，但亦可能有確認之訴。其中，涉及各該事件審理取向者，可能有如下之適例：

〔例一〕在基於某侵權行為事實所生損害賠償請求權提起給付之訴，而聲明求為判令金錢賠償時，得在該同一原因事實之範圍內，於訴之聲明中表明其全部請求之最低金額（下限額）。例如：在原告甲 1 為追加選定當事人、甲 2、甲 3 係其選定人（其他共同利益人），而 P 為被告之情形，由於以給付判決為執行名義之效力亦及於選定人（強制執行法第四條之二第一項第二款、民訴法第四〇一條第二項），所以原告甲 1 除於起訴狀之當事人欄內表明其為選定人甲 2、甲 3 之被選定人〔如：表明為，原告甲 1（即選定人甲 2 及甲 3 之選定當事人；或如附表所示選定人之選定當事人）〕外，可於訴之聲明中表明「被告 P 應賠償（給付）甲 2 最少某元、甲 3 最少某元（或由甲 1 受領）」或「被告 P 應為賠償甲 2 給付最少某元、為賠償甲 3 給付最少某元予甲 1」。然後，於言詞辯論終結前再為補充該聲明之請求額（第二四四條第四項）。並且，就其應受賠償之金額，在當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有困難之情形，法院應以程序上依辯論主義及法官闡明所呈現之一切資料為基礎，予以酌定。此等相關程序，均係新法為解決類如本條所規範之現代型紛爭事

件所特別增設者，宜予以配套適用，以促使貫徹該等規定所本之程序利益保護原則。<sup>7</sup>

〔例二〕在有確認利益時，由本條所指選定當事人提起之訴求，亦可能為積極確認訴訟。例如，在損害額尚未確定，但其損害正在擴大中之情形，或在侵權行為現仍繼續中或其雖已終了，但其所致損害有可能更加擴大，而尚難估算其損害額之情形，主張受害而請求救濟之人，係被容許就損害賠償權利之全部或一部（難能確定之部分）提起確認之訴，且亦可合併提起制止侵害行為之訴。<sup>8</sup>

〔例三〕在選定當事人係主張多數選定人有各該個人・固有之妨害制止（排除或預防）請求權時，可能基於同一危害之原因事實起訴，請求判令被告不得對選定人為一定妨害行為或制止某危害行為，此類之訴可能有兼具形成性及給付性之情形。例如，在某眾多住民密集地區，某項建造工程被指為係噪音、震動之肇因或有導致鄰近多數民眾住屋傾斜之虞時，主張將受其危害之多數共同利益人所提妨害制止請求之訴及其併案請求，亦該當於本條第一項所定「同種類之法律關係起訴」，其訴之聲明可能有如：「被告就如附表所示之建物（房屋），不得為增建、改建、裝璜等一切進行工程之行為」；「被告甲大飯店有限公司就如附表（附圖）一所示地區之如附表二所示工程，於每日下午八時以

7 新法之整體走向已然認知程序利益保護原則，此係有別於片面謀求公益維護層面上訴訟經濟之情形。關於此，請併參照邱聯恭「程序利益保護原則」（月旦法學教室創刊號、第二期及第四期，收錄於本書）一文；民事訴訟法研究會第八十三次研討會之研討紀錄（法學叢刊第一九二期）。

8 參照「民訴研討Ⅳ」第八〇頁以下。

後上午七時以前，不得使相對人乙營造工程股份有限公司進行某工程（事）」；「被告不得使其所有（屬）如附表（附圖）一所示工廠之機器運轉、操作所發噪音及震動，超過自每日上午七時至下午九時噪音○○分貝、震動每秒○○毫米；又，上午六時至七時及下午九時至十二時噪音○○分貝、震動每秒○○毫米，侵入如附表（附圖）二所示聲請人等之住居地內」。在此情形，由於就該請求權發生之要件事實（法律事實），實體法未必預為一一明定，所以法院在予以具體化（形成權利之具體內容）之審理過程，應經由闡明權之行使，確保當事人對「法」之預測可能性，以防止認定事實、適用法律發生突襲。在此方面，法院已被新法課以相當程度之法律見解表明義務或心證公開義務（第一九九條、第一九九條之一、第二四四條第四項、第二四七條第三項及第二九六條之一第一項），宜併加留意。

#### (五) 相關規定之適用

在容許追加選定當事人以後之程序，除適用本條及其配套之特別規定（如上所述）外，亦應適用有關一般性選定當事人制度之規定（第四一條至第四四條）。例如：已為追加選定之共同利益人（選定人）事後亦得以文書撤回其選定（更換其選定當事人，第四一條第三項、第四二條）。於其如此撤回之情形，先前被其選定之人即喪失當事人適格，而改由該選定人自己就其權利遂行訴訟。此時，應將其已提起之併案請求作為共同訴訟加以處理，因為由該請求之提起所已發生之訴訟繫屬仍然存在，需求利用同一程序為合併審判以追求程序利益（就共通爭點利用相關攻擊防禦方法所可能節省之勞費付出）之狀態尚存續中，而本條所容許之併案請求原屬共同訴訟之一種態樣（如上所述）。至於受

訴法院於必要時得為分別辯論或一部判決（第二〇四條、第三八一條第二項、第三八二條），則為另一事。又如，在追加選定當事人後之程序上，該選定當事人亦得為一切訴訟行為，此項行為，在新法改採爭點集中審理主義、認知程序利益保護原則之訴訟架構下，除包含捨棄、認諾、撤回或和解外，係亦包含成立爭點簡化協議（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一及第二七一條之一）等行為在內，但選定人得提出書狀於法院以限制其為捨棄、認諾、撤回或和解（第四四條）。

於此，想附言者，承認選定當事人得在訴訟程序上為一切行為，於其表明成立和解時亦無須先徵得選定人之同意，係為促進程序之順暢遂行，而使選定當事人制度更充分發揮其保護程序利益之機能。因此，選定當事人亦可視訴訟進行之具體狀況，於衡量相關程序利益及系爭實體利益之大小輕重以後，依新法之規定向法官聲請由其酌定和解方案（第三七七條之一及第三七七條之二），以便為選定人追求程序利益，藉此貫徹採用選定當事人制度之立法意旨。該項和解方案係由法官依衡平法理所酌定（準仲裁），雖可能於告知或送達時被視為和解成立，尚與兩造合意成立和解內容之情形在性質上有異。因此，縱使選定人向法院表明限制選定當事人為該項聲請，其限制因不屬第四四條所容許限制之事項範圍，所以尚不發生限制之效力。不過，於此情形，依本案審理狀況（如：爭點整理之結果），受法官如認為該項聲請係有助於選定人平衡追求程序利益及實體利益時，宜使該選定人參與本訴訟程序，而對其為適當之闡明；或為相當之通知使其有表明是否為該項聲請之機會（參照第六七條之一規定所示意旨），始符合程序利益保護原則。同理，法官在其認為該項聲請或成立和解係有利於選定人時，如未受其限制權限行使之選定當

事人卻不為該項聲請或不成立和解，則在不致於對當事人特別造成不利或不公平之情形下，亦宜對於選定人為適當之闡明。

## 肆、結語

關於本條所採追加選定當事人制度宜如何運作，亦即其相關規定應如何解釋、適用，實尚有待於裁判先例之累積或審判實務慣行之形成。為推行此項工作，有需先行確認本條規定之法理依據及立法意旨，並闡述其應如何與新法有關配套制度之規定相呼應，而在新法體系之整體走向及其前導理論中，為該制度定位。此時，相關解釋論之開展，雖亦宜參考外國如何運用同類法制的經驗、知識，但非可逕將其理論基礎或配套制度不盡同者原樣沿用於此，而不先行比較其間之異同為取捨。

本條所引進之選定當事人制度係追加型，乃出於權利主張者自主選擇之當事人追加，而非屬排除型（先被強制列為選定人之退出型）者。於此，重要的是，相較於後者，前者即本條所採者係更尊重共同利益人之程序處分權、程序選擇權，使其更有機會用以自律自主平衡追求程序利益與實體利益，而在此二者之平衡點上尋求「法」之所在。

上開立法意旨，自新法之立法者依據同一理論基礎保留且擴充固有的一般性選定當事人制度（第四一條至第四四條）以後，亦應本以重新理解其法理依據（重新確知採用一般性選定當事人制度之法理基礎）、深化其相關之基礎理論，並為其在新法整體架構中再定位。基此認知，不宜仍如向來部分論者般僅片面強調其係為簡化程序或減輕法院負擔，以致造成所謂「訴訟經濟」之

概念上模糊化或功能取向上困難。在此意義上，同一省思觀點所提示之今後課題是：如何從立法論及解釋論上認為：依本條規定被容許提起併案請求之其他共同利益人，亦得選定第四四條之一之規定所認公益社團法人（任意訴訟擔當團體）為選定當事人，而不必限於該共同利益人屬該法人之社員者始可為該項選定。並且，此項選定，既可在某等共同利益人已依第四四條之一之規定起訴之程序上，亦可在彼等已依本條（第四四條之二）之規定起訴之程序上，各於該法人已成為彼等之選定當事人時為之。當然，依法院裁量將該二程序合併辯論、合併裁判，亦屬可能（第二〇五條），惟如該二程序分別繫屬於不同之管轄法院時，將更難達成合併之目的。

想附言者，與本條規定內容大致相同之消費者保護法第五四條，原係納入經司法院提請立法院審議以前之本條原草案（初稿）而成，所以本文之闡述亦可作為理解前者之參考。不過，本條所規範之對象事件，於該草案初稿雖曾一度明列先起訴者與併案起訴者均為損害賠償事件，惟其後於定稿時，則予刪除而不限定於損害賠償請求，是與消費者保護法第五四條如此限定者有異。<sup>9</sup>

【本文原載月旦法學教室第二十三期、二〇〇四年】

<sup>9</sup> 參照司法院編・司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(4)（一九九五年）六〇〇頁。

## 民事訴訟法修正後之程序法學

——著重於確認修法之理論背景並指明  
今後應有之研究取向——

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 壹、前言 .....                                               | 138 |
| 貳、立足於新程序保障論之新法闡釋 .....                                   | 143 |
| 一、修法走向之理論背景 .....                                        | 143 |
| 二、迎合新法走向之理論延伸 .....                                      | 145 |
| (一)取向於探討如何依事件類型賦予程序保障 .....                              | 146 |
| 1. 善用職權以賦予事前的或事後的程序保障 .....                              | 146 |
| (1)職權通知及第三人撤銷訴訟之活用 .....                                 | 146 |
| (2)定暫時狀態假處分之活用 .....                                     | 158 |
| 2. 促成裁判外紛爭解決程序與判決程序之機能互補<br>——賦予平衡追求實體利益及程序利益之程序保障 ..... | 166 |
| (1)機能互補之必要性——訴訟制度之長短 .....                               | 166 |
| (2)證據保全程序上協議導向裁判外解決紛爭 .....                              | 170 |
| (3)判決程序轉換為準仲裁程序 .....                                    | 175 |
| (4)調解程序之擴充及轉換為準仲裁程序 .....                                | 179 |
| (5)如何省思裁判外紛爭解決程序與判決程序之應有關<br>係？ .....                    | 182 |
| (二)取向於探討如何促使訴訟指揮權發揮防止突襲之機能 .....                         | 184 |
| 1. 法院闡明之目的、法理依據 .....                                    | 184 |
| 2. 指向增進處分權主義發揮機能之闡明義務加重 .....                            | 186 |
| (1)省思訴訟標的論並重整客觀合併型態之契機 .....                             | 186 |
| (2)起訴機會在確認利益判定過程之保障 .....                                | 201 |
| 參、論評訴訟審理結構之重整、程序機能之多樣化及程序參與主<br>體之角色遞變 .....             | 214 |
| 一、如何促使克盡協力義務、承負行為責任 .....                                | 214 |

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| (一)審理集中化措施如何落實之課題 .....                       | 214 |
| 1. 強制性協力義務、行為責任之具體化 .....                     | 214 |
| (1)訴訟促進方案之周邊問題 .....                          | 214 |
| (2)濫訴防止措施及濫訴抑制義務之周邊問題 .....                   | 240 |
| 2. 自律性協力義務及行為責任 .....                         | 260 |
| (1)協力義務及行為責任出於協議者 .....                       | 260 |
| (2)協力義務附和於他造自律性請求者 .....                      | 282 |
| (二)事案解明協力義務之認否爭議 .....                        | 290 |
| 1. 事案解明協力義務之新法上承認 .....                       | 290 |
| 2. 事案解明義務論之今後 .....                           | 292 |
| 二、法官裁量權行使範圍之擴大、程序參與主體之角色遞變<br>及裁判機能之多樣化 ..... | 300 |
| (一)實體法上非訟化現象之訴訟法上助長 .....                     | 301 |
| (二)程序裁量權之擴大 .....                             | 311 |
| 1. 程序上抽象性不確定概念之多用 .....                       | 311 |
| 2. 需求利益衡量之職權擴大 .....                          | 313 |
| 3. 程序裁量權行使之指標為何？ .....                        | 314 |
| 肆、結語——克服不盡之課題 .....                           | 316 |

## 壹、前言

我國於一九三〇年（民國十九年）及一九三一年分兩次公布、已施行逾七十年之民事訴訟法（下稱「舊法」），在二〇〇三年一月十四日立法院三讀通過部分修正條文後，終於完成全面修正工作。此項工作係始自一九八三年七月一日成立「司法院民事訴訟法研究修正委員會」（下稱「研修會」），著手就舊法進行逐條、通盤之檢討。研修會之討論、研議歷時十七年餘，除就有關人事訴訟及其他家事事件之程序法如何修正另成立「司法院家事事件法研究制定委員會」進行研議外，已先後於一九九〇年及一九九九年就調解制度、簡易訴訟程序及小額訴訟程序、於二〇〇〇年就有關證據及集中審理之程序、於二〇〇三年就其餘條文，陸續擬訂增修草案送請立法院審議，分別完成修法程序（以下予以合稱為「新法」）。<sup>1</sup>

關於如何評論新法之走向具何妥當性，在其相關部分修正條文公布施行之階段，筆者曾指明：民事訴訟法所採程序制度體系，係具有反映各該時代之特定價值觀、試圖實現特定實質價值、彰顯各該社會所認文化上、政策上價值理念等意涵。<sup>2</sup> 此項

意涵，實亦延伸存在於修法工作已全面性完成之今日，而指向於不僅期盼一般人重新認知新法所示今後之社會生活準則，尤其要求司法權運作者、程序制度使用者及其相關職業集團之活動，應以新法所訂行為規律及訴訟審理原則為依循。因此，新法問世後，民事程序法學所須面對、克服之課題是：將新法之內容作為整體性觀察之對象，評析、闡釋其所彰顯之上開價值理念及所提示之上開行為規律或審理原則為何，以作為今後開展解釋論之指引；並進而申論新法走向具何程度之妥當性、前瞻性，藉此一邊釐清新法所殘留之課題為何，一邊探討如何為新世代再建構其所需之立法論。此從程序法學係屬亦須同時從事於批判、前導實務運作或立法取向之學而言，乃所應然。<sup>3</sup>

其實，在研修會之長年運作期間，筆者不僅於實際參與其研議擬訂相關條文草案之發言中<sup>4</sup>，且與其研議過程同時期另行為文<sup>5</sup>，曾闡論、提示民事程序法建制所須面對之基本課題有如：致力促使法制本土化，以彌補我國於二十世紀前葉抄襲性繼受外國法時所殘留之法制客體面及主體面上缺漏；適切因應紛爭事件類型之多樣化、複雜化，以滿足隨著社會生活複雜化、快速化、

1 關於民事訴訟法之公布施行及近二十年來之研修進展情況，請參照司法院編，「司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（略稱「修正彙編」）」（一）至（六）（自一九八五年至二〇〇三年按年次編印）；同，「民事訴訟法及施行法暨非訟事件法部分條文對照表暨相關法規（一九九九年）」；同，「民事訴訟法部分條文對照表暨總說明（二〇〇〇年）」；同，「司法院家事事件法研究制定資料彙編（一）」（二〇〇一年），同，「民事訴訟法部分修正條文對照表暨總說明（二〇〇三年）」。

2 參照邱聯恭「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變——著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景——」（略稱「機能演變」）（同，「程序選擇權論」，台大法學叢書 126，二〇〇〇年）八二頁；同「爭點整理方法論序——概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關連——」（略稱「方法論序」）（同，「爭點整理方法論」，台大法學叢書 130，二〇〇一年）六頁。

3 關於民事訴訟法學所須面對之課題，併請參照邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」（略稱「回顧與展望」）（同，「程序選擇權論」，台大法學叢書 126，二〇〇〇年）二六六頁。

4 請參照「修正彙編（一）至（六）」（見註 1）。

科技資訊化、國際化及價值觀多元化所引發之人民需求；立足於合理分配司法資源、平衡兼顧紛爭當事人之實體利益及程序利益等觀點，重新檢視民事司法之妥當性，而適度調整程序法與實體法之應然關係；重新省思訴訟制度之目的論，而準以重構程序制度；提昇程序制度使用者對程序構成及其運作之信賴度、接納度等等。循此而言，在新法呈現於世之今日，理應投問：此類課題是否已為新法制訂者所克服？此方面努力之成果如何具體落實於新法之內容？此亦應為現階段學界及實務界之重大關心事。為此，民事程序法學亦須有所回應。

抑且，近二十多年來，隨著民事程序法學理論在我國之本土化及創新性開展，為處理上開基本課題及其所衍生之諸問題，已有多項理論相繼被倡，而藉此將如何謀求其解決之道投問於學界及新法之起草者。<sup>6</sup> 屬於此類之問題有如：宜否將新開展於我國之新程序保障論<sup>7</sup>、程序主體權論<sup>8</sup>、程序選擇權論<sup>9</sup>、民事事件

類型審理必要論<sup>10</sup>、程序法理交錯適用肯定論<sup>11</sup>、實體利益與程序利益平衡兼顧論及適時審判請求權論<sup>12</sup>等作為民事訴訟法修正之改革理念？孕育此類改革理念之時空背景，是否有所異於抄襲性繼受外國法以制定舊法時（二十世紀初葉）所處者？該項改革理念所內含之上開理論，相較於母法國即德、奧等國法或法制淵源相同之日本法而言，具何學說立論上獨特性？<sup>13</sup>

程序制度機能論，台大法學叢書 52，一九九六年，一九八二年初出）六頁以下；同·司法之現代化與程序法（略稱「司法現代化」）（台大法學叢書 72，一九九二年）一二二頁。

8 參照「司法現代化」（見註 7）一一一頁以下。

9 邱聯恭「程序選擇權之法理」（略稱「程序選擇權」）（同·程序選擇權論，台大法學叢書 126，一九九二年初出）三〇頁以下；邱聯恭在民事訴訟法第六十一次研討會之口頭報告、分析（「民訴研討(七)」）一九七頁。

10 邱聯恭「程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點」（略稱「類型審理」）（同·程序制度機能論，台大法學叢書 52，一九九六年，一九八七年初出）六一頁以下；同「司法現代化」（見註 7）一〇七頁、三二八頁。

11 參照註 10 之說明；邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用——從民事事件之非訟化審理及訴訟化審理論程序保障之機能」（註 6「民訴研討(七)」，一九八六年初出）四二七頁以下。

12 邱聯恭「回顧與展望」（見註 3）二七二頁；同「司法現代化」（見註 7）一一四頁、一三六頁、二七一頁及三一八頁；同「程序選擇權」（見註 9）三一頁以下。

13 新法公布後，在研究取向上，已為此方面之嘗試或努力者有如：邱聯恭「台灣における民事訴訟法の改革とその先導理論——日本の新法との比較考察——」（下稱「先導理論」）（新堂幸司先生古稀祝賀·民事訴訟法理論の新たな構築（上），二〇〇一年）二四七頁；同·前掲「回顧與展望」（見註 3）二七二頁；同「機能演變」（見註 2）七九頁以下、一二一至一二二頁內註 24 之一及一三三至一三四頁內註 80 之說明；同「方法論序」（見註 2）六七頁內註 14、六八頁內註 25 及六九頁內註 28 之說明；同「程序利益保護原則」（月旦法學教

5 請參照邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」（略稱「草案析述」）（最高法院學術研究會編，民事訴訟法修正草案之析述與研討，一九九三年）一八〇頁；同「新世紀民事程序法建制之基本課題」（略稱「基本課題」）（同·程序制度機能論，台大法學叢書 52，一九九六年）一九七頁以下；同「機能演變」（見註 2）八一頁；同「方法論序」（見註 2）五頁。

6 在我國之法學研究史上，民事訴訟法研究會（基金會）之成立及至今長逾二十年之經常性、定期性運作，係一件劃時代的大事。關於其運作期間所發掘之問題及開展之論說，請參照民事訴訟法研究會（基金會）編，民事訴訟法之研討（略稱「民訴研討」）（一）至（四）（一九八六年至二〇〇四年）；邱聯恭「回顧與展望」（見註 3）二六三頁以下。

7 邱聯恭「程序保障論之新開展」（下稱「新開展」）（同·程序選擇權論，台大法學叢書 126，二〇〇〇年，一九九六年初出）四頁以下；邱聯恭「突襲性裁判」〔註 6「民訴研討(七)」，一九八〇年初出〕四二頁以下；同「值得當事人信賴的真實」（略稱「信賴真實」）（同·

為助益處理上開問題、促進開展新法之解釋論或續構其修法論，本文擬在篇幅所容許之限度內，先從新法之內容選取若干關涉其走向或可資顯示其方向感之基本事項，評析其所本之改革理念或理論思想背景，並闡述其與上開理論之關連性為何，藉以適度展望民事程序法學之未來。此項闡論實亦有意喚起改變向來學界之研究取向，期待新法施行後之民事程序法學指向於嘗試探討：新法是否具有上開意義之獨特性，而能與今後世界之普遍性法理相通？倘此項獨特性可被肯認為存在，則有關新法之評論、其立法意旨之探求及解釋論之形成，是否不宜將上開理論置諸度外？果然，其未就此衡度、思考，卻僅逕將外國法上規定或相關理論牽強比附於我國新法而予以評論、解釋者，能否謂其引喻非屬失當？又，墨守舊法當時所持解釋論或僅引據其所認法理以從事新法之解說者，是否亦待商榷？<sup>14</sup>

室一、二、四期，二〇〇二年至二〇〇三年，收錄於本書）；許士宦「新修正民事訴訟法上程序保障之新開展」（略稱「新開展」）（月旦法學教室六期，二〇〇三年）七〇頁以下；同「請求之基礎事實、原因事實與訴之變更、追加」（台灣本土法學三三期，二〇〇二年）二八頁；同「訴之變更、追加與闡明」（台大法學論叢三二卷三期，二〇〇三年）二一〇頁以下；沈冠伶「論民事訴訟程序中當事人之不知陳述」（政大法學評論六三期，二〇〇〇年）三七五頁以下；同「仲裁鑑定制度之研究」（註6「民研研討(廿)」）三二三頁；黃國昌「新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成」（台灣本土法學四四期，二〇〇三年）三九頁以下。

- <sup>14</sup> 例如，在新法部分條文陸續公布後，有關評論其規定之教科書或論文，有無將介紹或沿襲自外國之論見原樣比附套用於我國新法之情事？已否留意探求我國立法之目的、意旨並評論其當否？宜否忽略新法之理論思想背景？是否為無目的選擇性學說繼受？在研究方法上有無可議之處等類問題，尚值再加推敲。

## 貳、立足於新程序保障論之新法闡釋

### 一、修法走向之理論背景

在研修會開始運作之前後，自一九八〇年代起，突襲性裁判防止論、程序主體權論及新程序保障論相繼被倡於我國，並陸續拓深、擴展成為前導修正民事訴訟法之指標性法理。<sup>15</sup> 其論旨為：基於國民主權的原理、法治國家原理及尊重人的尊嚴之原則，並依憲法上保障訴訟權、平等權、生存權、財產權、自由權等基本權之旨趣，任何人均應受尊重其人格；對於關涉其權益、地位之事項，均應受保障有容易接近法院、平等使用司法救濟程序之機會或權利；又，對於關涉其權益、地位之審判，均應受尊重為程序之主體，享有程序主體權，並應被賦予參與該審判程序為充分攻擊防禦、陳述事實上、法律上意見或辯論等機會，藉以影響裁判內容之形成，而避免受對造所突襲及防止發生來自法院之突襲性裁判，俾不致在該程序上被處遇為受支配之客體。此項基於憲法上保障旨趣所承認之程序主體性原則，對於立法者、法院及程序關係人（含當事人、其代理律師），在程序之前階段應成為行為規範、在程序之後階段則應準為評價規範，分別發生作用。

相較於向來德、日等國法上相關法理之闡述，上開理論具有相當之我國法上獨特性。亦即，其主張：第一，就其所鎖定之訴

<sup>15</sup> 邱聯恭「新開展」（見註7）四頁以下。

訟制度、事實審理制度目的而言，係尋求立論之基礎於憲法保障諸基本權之旨趣及其所含價值理念，而認為程序制度之設計者（如：從事民事訴訟法、非訟事件法或家事事件法之起草、修正者）及運作者（如：行使程序指揮權或裁量權之法官），均應指向於平衡保護紛爭當事人之實體利益及程序利益，賦予其有在起訴前或訴訟上平衡追求此二利益之機會，而在該二者之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在。<sup>16</sup> 第二，應將突襲性裁判之主要型態再加細分為：包含認定事實的突襲及推理過程的突襲在內之發現真實的突襲、促進訴訟的突襲及法律適用的突襲，以便探究如何建構或運作程序制度，分別謀求防止發生各該型態的突襲，貫徹聽審請求權、程序權保障之要求。為此，程序主體權者（紛爭當事人）既應被賦予追求實體利益之程序保障（發現真實的程序保障、達成慎重而正確的裁判之程序保障），亦應被賦予追求程序利益之程序保障（促進訴訟的程序保障、達成迅速而經濟的裁判之程序保障）。<sup>17</sup> 第三，應從民事事件類型審理必要論，探究事件類型之個性、特徵，而依其需求之不同，分別設計或運作程序制度，採用各所適宜之程序保障內容。其結果，在多種事件類型中，既可能有偏重於需求獲較優厚之促進訴訟的程序保障者，亦有不然而需求受較嚴密之發現真實的程序保障者。<sup>18</sup>

16 邱聯恭「信賴真實」（見註 7）四二頁以下；同「司法現代化」（見註 7）一二八頁；同「民事訴訟之目的」（同·程序制度機能論，台大法學叢書 52，一九九六年，一九九四年初出）一五六頁以下。

17 邱聯恭「司法現代化」（見註 7）一二〇頁以下；同「信賴真實」（見註 7）一頁；「民事研討(一)」（見註 6）三九頁以下；「民事研討(二)」（見註 6）二四六頁、三二一頁、五一八頁以下、六二九頁以下。

18 邱聯恭「新開展」（見註 7）八頁、一一頁；同「司法現代化」（見註 7）三二二頁以下、三四五頁；「民事研討(三)」（見註 6）四五三頁以下；「民事研討(四)」（見註 6）五一八頁以下。

同理，亦宜再細分為事前的程序保障及事後的程序保障，以因應事件類型之不同特性、需求。<sup>19</sup> 第四，不僅應防止發生當事人兩造相互間之突襲，亦應防止其受來自法院審理活動之突襲。此種意義之程序保障賦予，乃承認與擴張判決效力（主觀或客觀範圍）之正當化基礎。<sup>20</sup>

有鑑於此，為謀求確立新法之運用方針、開展其解釋、運用論，應就出自上開理論背景下之新法，嘗試評析其如何與程序保障論相關涉、闡釋應如何經由新法之適用以實現程序保障之要求？此項嘗試，對於今後如何從比較法上為我國法定位，並析論新法之長短，亦屬必要之先行作業。<sup>21</sup>

## 二、迎合新法走向之理論延伸

在上開理論思想背景之下，新法所增訂之諸多條文，應被評價為係以程序保障之賦予及突襲性裁判之防止為改革理念。<sup>22</sup> 此類規定之一一羅列或個別解說，均非本文之目的。於此想要探討

19 邱聯恭「新開展」（見註 7）一三頁；「民事研討(四)」（見註 6）三九頁、七六二頁以下、「民事研討(五)」（見註 6）二〇一頁、二二二頁；「民事研討(六)」（見註 6）九〇頁。

20 邱聯恭「新開展」（見註 7）九頁以下；「民事研討(一)」（見註 6）一五頁；「民事研討(二)」（見註 6）三四頁、四五頁以下。

21 我國法原與日本法之淵源相同，相較於其施行百年後經全面修正而自一九九八年重新頒行之新民事訴訟法，在理論背景上，我國法具何特殊性、二者間之關連性為何等事，亦值探討。關於此，請參照邱聯恭「先導理論」（見註 13）二五〇頁以下。

22 參照邱聯恭「先導理論」（見註 13）二五一頁以下；同「草案析述」（見註 5）一九四頁以下；許士宦「新修正民事訴訟法上程序保障之新開展」（月旦法學教室六期，二〇〇三年）七〇頁以下。

的是：應如何就此類規定為關連性、連貫性之解釋、適用？整體而言，今後應如何設定其相關研究之基本方向？在上開理論背景下，宜如何改變民事程序法學之問題關心或研究取向？此項探討係指向於就程序權保障之新法上相關規定為整體性觀察，以掌握其所顯示之方向感及立法意旨，而非有意解說其個別條文之內容細節。為此，以下僅在達成該項觀察目的所必要之範圍內，選取若干較具指標性意義之新規定為例示評析。

#### (一) 取向於探討如何依事件類型賦予程序保障

##### 1. 善用職權以賦予事前的或事後的程序保障

##### (1) 職權通知及第三人撤銷訴訟之活用

新法增設職權通知制度，承認受訴法院得於事實審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度以書面通知於就訴訟之結果有法律上利害關係者即第三人（第六七條之一）。此項制度之新設，係以適時賦予該第三人有參與本訴訟之機會而保障其程序參與權（含辯論權、卷宗筆錄閱覽權、在場見證權）為目的，屬於所謂事前的程序保障之一種賦予型態、方式。此與日本未增設同樣制度卻被指明亦有此方面課題之情形，可相對比<sup>23</sup>。在我

國新法增設上開制度後，由於其係委由法官為裁量，而未訂明更具體之要件或準則，所以如何予以妥善適用、如何定立其應遵循之方針，遂成為尚待程序法學及實務運作理論共同加以克服之課題。<sup>24</sup>

著眼於此，今後應探討：為達成上開新法之目的，兼顧相關之訴訟法上要求，宜如何針對各該事件類型之特性、需求，採擇其所適合之通知方式？例如，於決定是否踐行職權通知程序時，①應分辨法定訴訟擔當與任意訴訟擔當之特性、需求有異，就後者而言，被擔當者（如：新法第四一條、第四四條之一所定選定人）所為訴訟遂行權之授與（選定行為），亦屬一種程序參與權（有關追求程序利益之程序處分權）之行使。此項行使之結果應由行為人即授權人自行承負，所以在擔當者（被選定人）所提本訴訟之程序上，其受訴法院無須對於判決效力所及之被擔當者復為職權通知。否則，將因此反而對被擔當者造成程序上不利利益。可是，就法定訴訟擔當而言，其被擔當者並無上述意義之授權行為，實際上未必被賦予參與程序之機會（如：未因聲請而受訴訟告知），所以有必要踐行適式之職權通知。要之，原則上應解為

法Ⅲ，一九九八年）三六〇頁以下；谷口安平「民事訴訟における憲法的保障」（民事訴訟法の争点）（三版，ジュリスト・法律学の争点シリーズ5，一九九八年）一〇頁；伊藤 真「形成判決の対世効」（同上）二五五頁；新堂幸司・新民事訴訟法（二〇〇四年）二六九頁、二七四頁；坂原正夫「再審の手続構造」（竹下守夫等編・講座新民事訴訟法Ⅲ（一九九八年）一三六頁以下；研究会「新民事訴訟法をめぐって」（ジュリスト一一四五号，一九九八年）一〇二頁以下（竹下守夫・青山善充発言）；高田裕成『いわゆる「訴訟共同の必要」についての覚え書』（三ヶ月 章古稀祝賀文集（中），一九九一年）一九五頁。

24 參照邱聯恭「先導理論」（見註13）二五三頁。

23 日本自一九九八年施行之新民事訴訟法並未增設類如我國所採職權通知制度，而僅於日本人事訴訟法第三三條就父死亡後所提認領訴訟事件，新訂明文，使將訴訟繫屬通知於有繼承權之子女或繼承權可能因本訴訟之結果而受害之人。由於此項新法未及於其他對本訴訟之結果有法律上利害關係者，遂被批評為其未充分顧慮程序保障之觀點，而引發今後應如何準用或類推適用新規定、如何引進職權通知程序或擴充訴訟告知程序等類課題，尚待克服。關於此，請參照高橋宏志「人事訴訟における手続保障」（伊藤 真＝德田和幸編・講座民事訴訟

上開新法所定「該第三人」係含法定訴訟擔當之被擔當者，但不含任意訴訟擔當之被擔當者。從而，今後之程序法學應照如上所例示者般，取向於研究：上開第三人該當性之判斷標準為何？其除包含法律明定（如：第五八二條第一項）擴張判決效力所及之人以外<sup>25</sup>，尚包含何等人在內？此項研究之成果，將可供為相關判例法形成之參考。

②就同屬法定訴訟擔當之情形，應再分辨其中有需求採用個別書面之方式為職權通知以賦予事前的程序保障者；亦有事件之特性上需求借重其他方式為職權通知，始較符訴訟經濟或可被期待獲得參與程序之機會者。屬於前者之情形有如：對於代位訴訟中被代位之債務人（民法第二四二條）<sup>26</sup>、對於訴訟繫屬中受移轉訴訟標的之法律關係者（新法第二五四條第四項）<sup>27</sup>、對於未共同起訴請求返還共有物之共有人（民法第八二一條）<sup>28</sup>，各須賦予程序參與機會時（在法院審理中已能知悉該第三人存在之範圍內）。可是，在公司之監察人或股東所提代表訴訟（公司法第

二一四條）、其他有關股東會決議爭訟事件<sup>29</sup>、不作為請求訴訟由公益法人（新法第四四條之三）<sup>30</sup>或消費者保護團體提起<sup>31</sup>等類事件，就此類本訴訟之結果有法律上利害關係之第三人往往為數甚多且非必特定明確，如認為使該等第三人參與程序，對於充實本訴訟之審理內容係有益時或有必要賦予其參與本訴訟程序之機會時，每難能藉上開個別書面方式達成預期之目的，且如此個別一一之通知實不符程序利益保護及訴訟經濟之要求。因此，為達成新法保障程序參與權之旨趣，並因應此類事件具有需求借重公告方式為通知之特性，宜類推適用新法上同旨趣之規定（第四四條之二第一項、第四項）酌採公告方式為通知。至於此項通知非必應成為擴張判決效（將法院就該類事件所為判決之效力擴張及於應受通知之多數人）之正當化依據，則屬另一問題，非此處之主要關心事。因為，使判決效力擴張及於當事人（形式上當事人）以外之第三人，雖可尋求其擴張之正當化基礎於該人已受應有之程序保障，惟該項判決效力之擴張亦可能另尋求其他法理依據，而非必僅以該人已受參與程序之通知或實際上已參與本訴訟

25 此方面有關第五八二條與新法第六七條之一制定沿革之問題提起，請參照邱聯恭在民訴法研究會第三十六次研討會之闡述〔「民訴研討四」（見註6）五七至五八頁〕。

26 相關問題之提起，請參照邱聯恭在民訴法研究會第十四次研討會之發言〔「民訴研討（一）」（見註6）三四頁以下〕；陳計男「第三人訴訟參與之研討」及其相關之民訴法研究會第四十八次研討會上共同討論〔「民訴研討四」〕七二三頁、七六六頁〕。

27 相關問題之提起，請併參照邱聯恭在民訴法研究會第五十一次研討會之發言〔「民訴研討（四）」二二四頁〕。又，第二五四條第四項要求法院於知悉訴訟標的有移轉時，即應為書面通知，限縮其裁量之可能範圍，可謂為第六七條之一之特別規定，宜併加留意。

28 關於此方面問題之提起，請參照邱聯恭在民訴法研究會第十四次及第四十八次研討會之發言〔「民訴研討（一）」三七頁、「民訴研討四」七六五頁〕。

29 相關問題之提起，請併參照邱聯恭在民訴法研究會第三十六次及第四十八次研討會之說明〔「民訴研討四」（見註6）三九頁、七六一頁以下〕。

30 相關問題之探討，請參照王甲乙「當事人適格之擴張與界限」及其相關之民訴法研究會第五十四次研討會上共同討論〔「民訴研討（四）」三六、四四頁以下、九〇頁〕。

31 相關問題之探討，請參照邱聯恭在民訴法研究會第五十四次研究會之闡述〔「民訴研討（四）」（見註6）六九頁、七三頁〕；同「民事訴訟之目的」（見註16）一六九頁。又，有關不作為（制止）請求權如何定性及團體之訴訟法上地位為何之向來學說，請參照河村好彥「団体訴訟制度の意義および問題点——処分権主義・弁論主義の適用などを中心として」（民事訴訟雜誌四九号，二〇〇三年）二一四頁以下。

程序為唯一之前提。從而，今後宜照此處所例示析述者般，取向於研究：如何依案情裁量採擇適宜之職權通知方式，以貫徹新法保障程序參與權之意旨。

③新法增設第三人撤銷訴訟程序，容許有法律上利害關係之第三人，在其非因可歸責於己之事由而未參加本訴訟，致不能提出足以影響判決結果之攻擊防禦方法時，得起訴請求撤銷確定終局判決中對已不利之部分（第五〇七條之一）。此項新制係以保障該第三人之程序參與權為目的，乃屬一種事後的程序保障之賦予，而與上開職權通知制度所賦予事前的程序保障相呼應、配套。此二制均指向於實現程序權保障之改革理念，而為保護第三人受本訴訟判決之效力所擴張或實質上影響者，以兼顧統一解決紛爭（擴大訴訟制度解決紛爭功能）與程序權保障等要求。可是，第三人撤銷訴訟之採用雖為貫徹具體妥當性之要求所需，卻可能動搖確定終局判決所生效力，以致法的安定性之要求難獲貫徹（裁判之安定性難維持）。因此，如何設法藉由事前的程序保障之賦予（如：踐行訴訟告知或上開職權通知程序），以儘可能避免第三人於本訴訟經判決確定後復提起第三人撤銷之訴，亦屬課題。<sup>32</sup> 問題是，頻繁之職權通知亦將導致本訴訟程序遭拖延之

32 [第三人撤銷訴訟之立法、運用方針] 關於如何解釋、適用新法所增訂有關第三人撤銷訴訟程序之規定（第五〇七條之一至之五），實涉及諸多問題，尚待今後為更詳盡之探討。於此，就其立法設計及實務運作之方針，想先闡述：

(1) 新法增設第三人撤銷訴訟程序，係以貫徹程序權保障之要求為改革理念，而以賦予該第三人受事後的程序保障（源自程序主體權之程序參與權、聽審請求權）為主要目的，使其與新法所同時增設之職權通知制度（第六七條之一及第二五四條第四項）相呼應、配套（備用於彌補職權通知或訴訟告知對程序保障之賦予有所不足時），藉

此兼顧程序保障及統一解決紛爭（偏重於減輕整體法官負擔之訴訟經濟）、裁判或法的安定性及具體妥當性等要求。此二制之增設均受啟發於我國之民訴法研究會所獲研討成果及程序保障論，而由研修會針對本土社會所可能發生之相關事例問題，自行研擬成適合於我國需求之條文內容，其間雖亦參考德、法等國之法制，但非抄襲自外國法〔參照「民訴研討四」（見註 6）五三至五九頁、七〇九頁以下；「修正彙編（中）」（見註 1）三一七頁、三五五頁以下、四七九頁以下、四九一頁、四九七頁、六〇九頁，以及第五〇七條之一之立法理由所表明其為保障第三人程序權之意旨〕。因此，不宜將法國論者所認第三人撤銷訴訟係以突破裁判既判力為目的云云之見解，照樣沿襲或套用於我國新法。況且，新法係容許該第三人，在一定條件下，得基於其程序處分權自行取捨決定是否提起撤銷訴訟，既非要求其必如此起訴以改變原判決（本訴訟之判決）之效力，亦未容許法院得依職權撤銷或變更原判決（是有異於非訟事件法就非訟裁判所認者），自難認為新法係以達成上開論者所謂之目的為主旨。因為，該第三人基於程序處分權之行使，亦可能選擇優先追求程序利益（如：因不提起第三人撤銷之訴時所可能獲得之勞費節省）而不為起訴，此時原判決效力被維持亦為新法所期待。又，該第三人所提撤銷之訴縱使獲容認判決，此時原判決之效力遭變動乃係附從於該第三人被賦予程序保障而據以行使程序處分權之結果，所以充其量僅屬一種間接或副次性目的，尚非新法承認第三人撤銷訴訟之直接、主要目的。通常，此項制度之設立、存在，將促使本（前）訴訟之受訴法院更積極對利害關係人（第三人）踐行職權通知以賦予事前的程序保障，而達成統一解決紛爭（防免為該第三人或對其另開訴訟程序，藉以減輕整體法官之負擔、節省司法資源）、防免本訴訟之判決事後復被訴請撤銷或變更。在此意義上，撤銷訴訟制度及職權通知制度之引進，不僅兼具有保障程序權（聽審請求權）及統一解決紛爭（減輕整體法官負擔）等機能，亦有助於防免原判決效力遭無端變動（突破）。此外，就某第三人是否為原判決之效力所及一事，在該第三人與原判決之當事人間發生紛爭時，為解決此項紛爭，該第三人亦可能利用第三人撤銷之訴，以使法院作成該第三人不受原判決效力所拘束之裁判。於此，在其起訴遭駁回之理由為原判決僅具有相對效（僅對原判決之當事人兩造發生拘束力）或該第三人應循其他法定程序請求救濟（第五〇七條之一但書）

等類情形，原判決之效力係被維持（未被該項起訴所變動）。此時，經由撤銷訴訟制度之活用所發揮之紛爭解決機能，亦出於該第三人被賦予事後的程序保障（提起該訴之機會），而附從於該制度所具賦予程序保障之機能。

- (2)準上而論，本訴訟（原判決程序）之參加人，不論其屬通常的輔助參加人或共同訴訟的輔助參加人（參照第六二條、「民訴研討(四)」二三四頁以下），均不該當於第五〇七條之一所定得提起第三人撤銷訴訟之第三人。因為此種第三人即本訴訟之參加人，因其已有參與本訴訟以影響作成原判決之機會、地位，在其已獲得事前的程序保障之前提下，無再被賦予事後的程序保障之必要，所以就第三人撤銷之訴不具提訴適格。此種參加人如竟然提起撤銷原判決之訴，其起訴為不備同條所定「未參加訴訟」之要件，應依第二四九條第一項第六款裁定駁回之（由於該要件係為避免提起無實益之撤銷訴訟而設，所以如於發現其有欠缺時，已可認為能以無理由駁回該撤銷之訴，則得逕以本案判決為之）。亦即，第五八條所認利害關係人（第三人）不論其訴訟參加是否出於避免受裁判效力所拘束之目的，如該第三人已成為本訴訟（原判決程序）之參加人而獲得事前的程序保障，原則上不提起撤銷原判決之訴。要之，縱使第三人係原判決之效力（在認為應肯定爭點效或反射效時，則包含此類效力）所及者，如其已成為原判決程序（本訴訟）之參加人，應無起訴求予撤銷之適格。因此，可否提起該訴，尚應視該第三人已否獲得參加本訴訟而可能提出攻防方法之機會或成為參加人，以及原判決對該第三人是否含有不利部分（第五〇七條之一所定者）等事而定，並非僅取決於該第三人是否為判決效力所及乙事，所以不應誤認為受該效力所及之第三人均得提起撤銷之訴。
- (3)依上開新法制定之意旨，在認為上述意義之參加人欠缺提訴適格之同時，亦應認為原判決之當事人（形式上當事人）所行使之訴訟遂行權係出於第三人（實質上當事人）之授權者，該第三人就其授權（明示或默示之授權，係程序處分權之一種行使態樣）應自負責任，可認為已受應有之事前的程序保障（不該當於第五〇七條之一所定「非因可歸責於己之事由而未參加訴訟」之要件），所以原則上亦不具有起訴求為撤銷原判決之適格。通常，屬於此類欠缺提訴適格之第三人有如：任意訴訟擔當之被擔當人即授權人（如：就選定當事人所遂行之本訴訟而言，其選定人）、依法由適格者為有效（非

結果，而不盡符合程序利益保護及訴訟經濟等要求。

有鑑於此，今後之研究亦應取向於探討：如何針對各該事件之特性、需求或個別案情，就事前的程序保障與事後的程序保障

串通詐害）之代表或代理者。可是，在本訴訟係由法定訴訟擔當者遂行之情形，縱認為其係為被擔當人（實質上當事人）而為當事人（形式上當事人），如依第四〇一條第二項之規定，本訴訟之判決（原判決）對於該被擔當人亦有效力時，則有應否如何對於該被擔當人保護其固有之實體利益、賦予程序保障並尊重其程序處分權之問題；如認為該項效力不擴張及於該被擔當人，則有應如何保護他造利益（謀求公平）及如何兼顧統一解決紛爭之要求等問題，均尚待處理、解決。為此新法所設職權通知及第三人撤銷訴訟，應如何發揮其應有機能以達成其賦予程序保障之制度目的，就有關如何擴張判決效力主觀範圍（如何解釋、適用第四〇一條之規定）之闡述而言，應屬重大關心事，非可避而不論。要之，於探討第四〇一條所列當事人以外之第三人得否提起第三人撤銷之訴時，尚應釐清該第三人究屬任意訴訟擔當或法定訴訟擔當之被擔當人，並應探討：其有無固有之程序處分權、其是否可認為已由具代表性之適格者代為行使，以及有無固有而應受保護之實體利益（如：對於本訴訟之繫屬為不知情，而因信賴登記取得不動產物權或善意取得動產物權）；其用以將原判決效力擴張及於第三人之正當化基礎或法理依據，是否已足可取代或使認為無須要求本人（被擔當人）親自成為形式上當事人；是否另存有使該項效力擴張具正當性之其他法理基礎；據此所擴張於第三人之前判決效力，應否另容許該人以其未獲參與原判決程序之機會為由，提起撤銷之訴予以變動等類問題。其實，新法之所以增設上開制度亦以處理該類問題為目的，毋寧謂此乃研修會所明確意識者，所以不宜誤認為其於起草相關條文時有形成第四〇一條所列當事人以外之第三人均不得提起撤銷訴訟之共識〔參照上述(1)所引文獻；「修正彙編(四)」（見註1）四八〇頁以下，四九三頁以下、五一四頁以下〕。

從而，於新法公布後，就其所採第三人撤銷之訴加以論述或對其抱持懷疑態度之論者〔如：呂太郎「第三人撤銷之訴」（月旦法學雜誌九九期，二〇〇三年）二九頁以下〕，有無上開誤認之情節，係值得再檢視、探討之問題。

等二者，酌定其中何者應優先被顧慮、賦予，始較能兼顧上開處於緊張關係之諸要求。亦即，程序法學亦應探究：該項酌定之取捨標準或運用方針為何？例如，在共有人之一甲起訴對被告丁請求返還共有物A屋之事件（參照民法第八二一條），倘經踐行爭點整理程序後<sup>33</sup>，認為已能預估甲獲勝訴（有關係爭實體利益之請求被容認）之機率相當高（未一同起訴之其他共有人乙及丙因受不利判決而需事後提起第三人撤銷訴訟之機率相當低），且如果對於乙及丙為上開職權通知，將造成相當之勞力、時間或費用上付出，以致所涉實體利益與程序利益難獲平衡兼顧，而無從達成迅速而經的裁判時，法院即可不必為職權通知。反之，倘丁在本訴訟程序上主張C事實，而據此認為其就A屋與共有人甲、乙及丙之間發生有租賃權，以致C事實存否及丁有無租賃權在本訴訟之兩造即甲與丁之間成為重要爭點（事實上及法律上爭點）時，法院應將該爭點整理之結果連同通知書面送達於乙及丙，使其有參與本訴訟以便就該爭點為攻防、辯論之機會。因為，法院就該爭點所為審判（含有關C事實及上開租賃權存否之判斷），對於乙、丙均有實體上利害（如：因上開判斷為肯定致甲遭敗訴判決時，乙或丙所將蒙受之不利；使法院為否定之判斷而甲獲勝訴判決時，乙或丙所可能取得之利益）及程序上利害（如：為對於該項不利判斷求為救濟，而在後訴訟為主張或提起第三人撤銷之訴時所將付出之勞費），自應為上開通知，以賦予乙、丙有追求此等利益之機會。要之，今後應繼續究明：應如何進行類如上述之利益衡量？其相關諸要因為何？為此，宜如何形成判例

33 關於應如何運用新法所設爭點整理程序，請參照邱聯恭「方法論序」（見註2）三一頁以下。

法？

④由於事件類型之特性及各該事件之案情不一，其對於程序保障之需求程度亦可能有多樣，所以應探討：事前的程序保障之賦予，在何範圍內或條件下，始應該或可能成為本訴訟判決效力擴張及於第三人之正當化基礎？又，在何種情況下，縱使未為該項賦予，亦不足以構成第三人訴請撤銷判決之事由？例如，就上開共有物返還請求事件而言，在被告丁提出C事實（如：甲、乙及丙曾就丁使用A屋為同意之事實）而主張其就A屋有租賃權（非無權占用），卻遭原告甲所否認時，如經法院行爭點整理之結果，於兩造與法院間形成「C事實存否及其究該當於發生租賃關係或使用借貸關係」係主要爭點之共識，則將此項爭點整理結果連同通知本訴訟繫屬之書面送達於乙、丙一事，係為賦予其有機會參與有關上開爭點之審判程序以防止發生突襲性裁判所必要。其結果，如本訴訟（前訴訟）之受訴法院已踐行該項通知，則應可予以評價為其已賦予應有之事前的程序保障，而成為擴張判決效力於受通知者之正當化基礎，據以要求已獲該通知之當事人乙或丙在後訴訟受拘束於前訴訟法院就上開爭點所下判斷。亦即，在該法院作成C事實及上開租賃關係存在之判斷而判決駁回甲之請求時，後訴訟（如：有關丁就A屋有無租賃關係或使用借貸關係之訴訟）之當事人乙或丙，因其已受上開程序保障之故，應為該判決之拘束力所及，而不得復為不同於該判斷內容之爭執。

反之，倘未賦予上開程序保障，則就該項不利於己之判斷，乙或丙應被賦予利用後訴訟求為救濟之機會。例如，就上開共有物返還請求事件而言，在本訴訟之程序前階段丁先主張甲非A屋之共有人，以致甲有無共有權及該當於其權利發生之某要件事實

存否成為兩造間爭點，而受訴法院僅將此項爭點（法律上及事實上爭點）通知於乙、丙後，兩造間始於程序後階段又形成上例所示丁有無租賃權之爭點（後發爭點）時，設乙、丙始終未參與本訴訟程序，而該法院並未將該後發爭點通知於乙、丙，且於法院就C事實為調查證據之前後，均將該後發爭點曉諭（依第二九六條之一第一項）本訴訟當事人甲及丁，並使兩造集中於此項主要爭點為辯論，然後以丁有上開租賃權為判決理由駁回甲之請求，終告確定。於此情形，倘認為該項判決理由中判斷，由於對甲與丁不生突襲，所以具有發生遮斷效或爭點效（實質上拘束力，非既判力）之正當化法理依據<sup>34</sup>，且亦擴張及於乙及丙，則應賦予其有利用後訴訟求為救濟之機會（事後的程序保障）。此項機會有如：依所主張權利之實際需要（如：丁所主張之租期是否屆滿、丁有無主張租賃權以外之其他正當使用權源、共有關係之存續狀況），在不欠缺訴之利益之前提下（第五〇七條之一但書），或以上開租賃關係（丁之租賃權）為訴訟標的，起訴聲明求為判決確認其對乙、丙為不存在；或將乙、丙依上開實際需要事由所涉A屋返還請求權而附著有其對原判決不服（上開本訴訟之判決對其不利）部分者為訴訟標的，起訴聲明求為判決撤銷該不服部分並命丁返還A屋。

要之，亦應取向於研究：有關本訴訟之判決，到底對於應受或已受上開通知之第三人（利害關係人），在何情況下發生何種效力（既判力或其他拘束力）？此項效力之發生，與該第三人有未獲事前的程序保障一事之對應關係為何？是否應認為在該第三

人已受該項程序保障時，有關本訴訟之判決，不論其為勝訴或敗訴，均對於該第三人可發生一定之拘束力？為兼顧統一解決紛爭及程序權保障等要求，是否應認為僅於該第三人未受上開程序保障，且本訴訟之判決對其有所不利益（如：對其擴張不利判決之效力）時，其始有被賦予事後的程序保障之必要，而始可利用後訴訟之程序（依其實際主張事由之不同，基於程序處分權分別構成、提示訴訟標的），為爭執上開不利判斷之主張或提起第三人撤銷判決之訴？於此情形，該第三人倘未依法利用後訴訟程序求為救濟時，原則上應該或可能依其他使判決效擴張獲正當化之法理根據（如：統一解決紛爭或紛爭解決一次性之要求）<sup>35</sup>，仍為

35 例如，就新法所認許由公益法人提起不作為請求之本訴訟而言（第四四條之三），該法人係被認為具有相當之代表性，得就歸屬多數人（社會大眾）之集團利益（生活妨害制止求權）行使程序處分權（含訴訟遂行權），而該多數人就該集團利益並不被承認有個別、單獨之管理處分權或程序處分權。此項理由及此類事件特需貫徹統一解決紛爭之要求，亦可能成為使本訴訟判決（不論有關該集團利益存否之判決為勝或敗訴）效力原則上擴張及於上開多數人之正當化依據；此時，其效力擴張尚非以該多數人已分別受事前的程序保障為必要前提。有關此方面問題之比較法上探討，請參照出口雅久「集團的權利保護手續に関する比較法的考察」（石川 明古稀祝賀文集上，二〇〇二年）四九二頁；高田昌宏「消費者集團の原告適格」（早稻田法学六一卷二號，一九八六年）一〇七頁。

又，關於法定訴訟擔當所涉判決效力擴張之問題，請併參照堀野出「訴訟担当における管理处分權論の再検討」（民事訴訟雜誌四八號，二〇〇二年）二一頁；同「法定訴訟担当」（法学教室二五七號，二〇〇二年）一九頁。

於此，想附言：新法第四四條之三承認上開法人在一定條件下（如：主管機關所許可之範圍內），得為利益受害之多數人（非為該法人本身，參照同條之立法理由）提起訴訟，係有意修正向來由個人或為個人權利起訴之原則，藉此承認亦得為多數人就其所歸屬集團利

34 參照「民訴研討(二)」二四二頁以下及一六八頁；「民訴研討(六)」三四八頁以下及三九四頁、「審理集中化」二二四至二二五頁

上開判決之效力所及？

## (2) 定暫時狀態假處分之活用

新法增修有關定暫時狀態假處分之舊法，明定：於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分裁定（下稱「本案裁定」），並得以此裁定命先為一定之給付（第五三八條第一項、第三項）；而且，於為該裁定前，法院應使兩造當事人有陳述意見之機會（同條第四項）；如法院認為必要，得依聲請下先為一定緊急處置之中間裁定（第五三八條之一第一項）。此項新變革係受啟發於民訴法研究會之研討成果<sup>36</sup>，亦可從如何深化程序保障論之觀點評論之，藉此開展相關之解釋論或新構今後之立法論。因為，上開新法之增修係本於：與向來所認假扣押及一般假處分（系爭物之假處分）係純為保全債權人繫於本案請求權（法律關係）之個人利益，且具程序進行上隱密性者有所不同；定暫時狀態之本案裁定及中間裁定係為調整、均衡債權人與債務

益起訴之例外，所以不應本於舊法時之認知以理解新法。況且，該新規定並不同時意味，排除其中個人就自己權利（如：妨害排除請求權所由生之人格權或物權）受害請求救濟或提起訴訟之可能性，所以不應誤以為其個人之程序權受上開規定所侵犯。況且，在未就新法所設上開法人遂行訴訟之要件及立法理由是否不盡同於外國法，進行其間異同之比較分析下，如逕將外國法下之立論原樣移用於理解我國新法，其研究方法似尚有商榷之餘地（姑不論我國新法之當否固非不得或不應受批評）。至於為充實上開訴訟之審理內容（非專為擴張判決效力），必要時亦得使個人參與該程序；又，個人就其權利受害如何基於自己之權利起訴，均屬另一問題。

36 參照邱聯恭在民訴法研究會第三十七次研討會之闡述〔「民訴研討(三)」（見註 6）一〇四頁以下〕及研修會之提議〔「修正彙編(四)」（見註 1）一一一二頁以下〕。

人間之利害，以維持法律秩序（法之和平）所採救濟措施，其依據之法理乃與緊急避難或正當防衛相通，而含有公益性，非純為保全個人權利等旨。<sup>37</sup>此立法意旨實乃指向於，要求法院採救急處置即作成迅速的裁判，遂要求為上開裁定之法院於審理時，應視個案情節，較量債權人因該裁定所應獲得確保之利益（含：因遲延實現之防免所可能取得之利益）與債務人因該裁定所將蒙受之不利利益，並應使兩造當事人就其可能遭受該假處分重大影響之相關事項，有陳述意見或辯論之機會（併參照第二三四條），以防止發生突襲性裁判。<sup>38</sup>

析言之，此項機會之賦予，乃新法所認程序保障之一種方式，就其以兩造陳述意見或辯論為本案裁定之程序內容而言，實趨近於固有的本案訴訟所採原則性模式<sup>39</sup>，而相當不同於未含該

37 參照「修正彙編(四)」（見註 1）一一一五頁、一一二九頁、一二六九頁及一三三一頁。

38 一般，堪謂為其假處分可能對當事人造成重大影響，而宜或應於裁定前使當事人雙方有辯論或陳述意見之機會的情形有如：該事件涉及複雜而困難的法律解釋上或事實認定上問題者、債務人將因假處分蒙受相當大之不利利益者、債權人將因之獲得事實上同於本案勝訴之判決者、或因債權人無供擔保之資力致不得不為免供擔保之假處分者等均是。要之，究竟採用使雙方辯論或陳述意見的審理方式，乃屬程序指揮權（裁量權）之活用範圍，應考量其影響之重大性、有無訊問證人或調查其他證據之必要、其保全之緊要性是否已至不能再假以時日之程度、其聲請是否將因不合法被駁回而不宜使債務人陳述以致加重其不必要之負擔等，以及上述諸情形，以為取捨。宜留意的是，此種審理方式之採行乃定暫時狀態的假處分所異於有關係爭物之假處分或假扣押者，蓋以在後者之情形（系爭物之假處分或假扣押），由於其較重視隱密性，為避免債務人因受通知或訊問致隱匿財產或系爭物，而妨礙假處分之目的達成，通常在為假處分以前，以不使債務人辯論或陳述意見為原則〔研修會之提案說明，參照「修正彙編(四)」（見註 1）一一一三至一一一四頁〕。

程序內容且具隱密性之假扣押及一般假處分程序。亦即，在上開本案裁定及中間裁定（屬暫定性假處分而附隨於本案裁定者），法院經由程序指揮權之行使對兩造當事人所為程序保障之賦予，係亦被當作尋求或形成「法」而達成迅速裁判以救濟受害之手段，藉此使兩造參與「法」之尋求、形成過程，獲得確保、延伸其程序主體地位之機會。在此意義上，相較於本案訴訟程序所採原則性模式係著重於追求達成慎重而正確的裁判而言，本案裁定程序所賦予者則著重於追求達成迅速而經濟的裁判，乃屬一種助益達成此項裁判之程序保障。此項裁判係指向於：依上開立法意旨所示，尋求法院經較量相關諸利害（含系爭之實體利害及其外之程序利害）後所形成的「法」，而不盡同於本案訴訟之受訴法院為作成本案判決時所應準據之客觀實體法（有關被保全權利存否即系爭實體利益有無之判斷所應依據的法）。另一方面，新法於承認上開本案裁定及中間裁定之同時，亦仍以本案訴訟之存在可能為其前提，尚非不問其亦有繫屬之必要性或可能性（參照第五三八條第二項及其立法理由）。<sup>40</sup>從此角度觀之，就新法所認本案裁定程序與本案訴訟程序之對應或接續關係而言，前者乃後者之先行程序，而前者所認程序保障方式可謂屬事前的程序保障之一種，是有所別於本案訴訟程序所賦予者係屬一種事後的程序保障。由此所衍生之問題是：上開不同意義的程序保障方式（程序保障有助於達成迅速而經濟的裁判者與有助於達成慎重而正確

39 參照邱聯恭「類型審理」（見註 10）九七頁以下。

40 參照「修正彙編Ⅵ」（見註 1）一一一六頁。又，增訂第五三八條第二項之立法理由為：法院裁定准為定暫時狀態，僅係就當事人間爭執之法律關係暫為之處分，其所被保全之權利，須經訴訟程序確定，故為裁定後，如該事件之本案尚未繫屬者，仍有第五百二十九條限期起訴之適用（同上彙編一四七七頁）。

的裁判者、事前的與事後的程序保障）間之相互關係應如何釐清或界定？其各可發揮之機能為何？

有鑑於此，今後之研究應取向於探討：①何類事件強烈需求獲得或滿足於本案裁定（含其附隨之中間裁定）程序所備上開意義的程序保障（助益達成迅速而經濟的裁判者、事前的程序保障）？就屬於此類型之事件，在何條件或情況下，無需再被賦予本案訴訟程序所備事後的程序保障？<sup>41</sup>隨著其無需如此被賦予之程度強弱，本案判決應該或可能被本案裁定所取代之範圍是否亦有所不同？此種處理方向，是否類如小額事件般，僅需求借重小

41 此類問題之探討、處理乃我國之民事事件類型審理必要論（參照註 10「類型審理」）所示主要關心事。其後，與此相關，晚近日本學界所持同類問題意識，亦可供對比。其間，被認為實務上多先選擇使用滿足性假處分以解決紛爭，而呈現本案代替化現象且宜被特別訴訟化之紛爭類型有如：就出版、放映、建築、傳單散發活動等為禁止之假處分；有關私道通行之假處分；於急需修繕老朽房壁卻遭鄰居欠缺正當理由之拒絕使用毗鄰屋地時，為命其同意使用以便進行修繕工事之假處分；就公寓、大廈等之區分所有權人之專用部分使用權所為假處分；有關命暫時給付部分工資之假處分；就因於交通事故之損害賠償請求權，命暫時給付部分金錢之假處分；命為暫時騰空遷讓不動產之假處分；於當事人間有依假處分解決紛爭之合意時，為期待任意履行之假處分等等。關於此，請參照民事訴訟法学会五〇周年記念シンポジウム「民事保全の理論と実務」（略稱「理論と実務」）（民事訴訟雜誌四六号，二〇〇〇年）七八頁以下；瀨木比呂志「仮の地位を定める仮処分（滿足的仮処分）の特別訴訟化論」（判例タイムズ一〇五号，二〇〇三年）六頁、一三頁以下；同「民事保全の申立てと審理に関する理論上、実務上の諸問題」（東京地裁保全研究会・民事保全の理論と実務，一九九八年）一一二頁以下。

又，在我國新法公布後，就日本向來有關滿足性假處分之學說為介紹、整理者，請參照李木貴「滿足的假處分之再認識」（月旦法學雜誌九七期，二〇〇三年）五〇頁以下。

額訴訟程序所備程序保障為終局性紛爭解決，而不需用通常訴訟程序（固有的訴訟事件所用者）？<sup>42</sup> 向來論者就所謂滿足性（的）假處分<sup>43</sup>，於探討其所呈假處分本案化之現象時，是否已充分意識到上開新法之意旨，及其所涉事件類型審理論及程序保障論上問題？

②於就本案裁定為定位、定性時，應如何將其與新法所設其他相關規定或配套措施為關連性、整體性觀察？例如，新法容許當事人依本案裁定或中間裁定已為給付者，對於曾受領該給付之他造，在該裁定被廢棄或變更之範圍內，得利用同一裁定程序聲

請法院命他造返還該給付（第五三八條之二）。此種就受領物返還請求即原狀回復請求事件所設裁定程序，實乃新法就不當得利返還請求權之實現所施程序法上非訟化之結果，藉此謀求達成迅速而經濟的裁判之目的。<sup>44</sup> 亦即，其立法旨趣應是：該種事件特需被賦予可資達成該項裁判之程序保障，為此乃將其審理程序予以非訟化而合併於本案裁定程序，使其有別於固有的訴訟程序（以上開返還請求權為訴訟標的之本案訴訟程序），獨立發揮終局性解決紛爭（有關該返還請求權存否之紛爭）之效力、機能。依新程序保障論，此項效力、機能之具有，在當事人已被賦予該類事件所切需而相稱之程序保障時，係可能獲得正當化之基礎。

<sup>45</sup> 為此，新法所設程序之基本構成要素是，使兩造當事人有陳述意見或辯論之機會。因此，在此項機會經本案裁定程序被賦予，且可認為當事人未遭受突襲之範圍內（在特定事項已受應有而相當之程序保障時，限於就該事項所為判斷），不論就有關上開原狀回復請求事件或定暫時狀態假處分事件所為裁定，均可能被承認具有上開終局性解決紛爭之效力（實質上拘束力）。況且，此項效力之發生，就其可能防免特定事項復在本案訴訟程序上受重複之攻防、審理而言，亦有助於貫徹程序利益保護原則及公益維護層面上訴訟經濟之要求。循此而論，今後應探討：就個別事件，應如何界定可認為上開當事人未受突襲之範圍？其判定標準為何？在使兩造就某爭點事實為意見陳述或辯論之審理程序上，法院已調查當事人所聲明具關連性、必要性之證據，並就調查結果使兩造為辯論之情形，是否較諸未如此踐行程序之場合，更堪

42 關於小額事件特需受可資達成簡速裁判之程序保障，請參照邱聯恭「司法現代化」（見註 7）二六六頁以下；松浦 馨「新小額訴訟制度の趣旨、目的と性質並びに若干の問題点について」（司法研修所論集一〇〇号，一九九八年）五〇頁以下。又，關於固有的訴訟事件所需求適用之程序法理，請參照「類型審理」（見註 10）七六頁以下。

43 滿足性（的）假處分（sog. Leistungsverfügung）乃定暫時狀態的假處分之一種，此種假處分係於本案訴訟經判決確定以前或其強制執行以前，使債權人獲得實現本案訴訟標的法律關係之全部或部分相同之結果。例如，以因交通事故所生之損害賠償請求權為本案請求，求為命支付賠償金之假處分；主張解僱為無效之受僱人以基於僱傭關係之報酬支付請求權為本案請求，求為命暫支付報酬之假處分等情形均屬之。由於經為滿足性假處分以後，債權人（聲請人）即可能在本案判決確定以前先獲得債權之滿足，而債務人（相對人）卻蒙受不利益——亦即縱使該相對人就本案訴訟於事後取得勝訴判決，向來被認為其亦不得不另行提起訴訟請求返還不當得利或請求賠償等。於此，該假處分已形同喪失其對本案訴訟原來具有之附隨性、暫定性等本質，而呈現宛如本案訴訟之容貌，且發揮類於本案訴訟之機能，被稱為假處分之本案化。因此，為顧慮其影響之重大性，並平衡當事人雙方之利害，通常，此種假處分應以具有較高度之保全必要性為准許之要件〔研修會之提案說明，參照「修正彙編Ⅳ」（見註 1）——一二至——三頁〕。

44 關於此項非訟化之定性論如何亦被提出於新法之起草、研修過程，請參照同上「修正彙編Ⅳ」（見註 1）一二四一頁。

45 參照「新開展」（見註 7）九頁以下。

認為當事人未受上開意義之突襲？又，法院已於調查證據前整理並曉諭爭點（參照第二九六條之一第一項）之情形，是否較諸未如此踐行程序之場合，更應該且可能將依各該程序所作成之本案裁定，評價為不伴生突襲？

③在新法為防止紛爭擴大並保護程序利益，尚設有起訴前爭點簡化協議程序之狀態下<sup>46</sup>，應如何在其與本案裁定（定暫時狀態假處分）程序之關連上，為後者定位？如何促使其發揮應有機能？按：新法一方面擴充證據保全程序、強化其事證開示機能（第三六八條第一項後段），一方面容許兩造得於本案訴訟尚未繫屬前之證據保全程序上，就事實、證據或其他事項成立協議（第三七六條之一第一項）。從此項協議可用以限縮事實上或證據上爭點以預防本案訴訟之提起或爭點擴散而言，該協議程序之新設所具有之意涵是：保障當事人之程序選擇權，使其有平衡追求程序利益之機會，藉此所賦予之程序保障係屬有助於達成迅速而經濟的裁判者。此項意涵及其所本之法理，亦適用於本案裁定程序，因為原則上其亦採處分權主義及辯論主義（協同主義），而通向於依循程序選擇權之法理。從此角度觀之，在本案裁定程序上，經由法院運用程序指揮權使當事人兩造陳述意見或辯論，亦有可能發揮整理並協議簡化爭點之機能。毋寧是，在新法認知程序利益保護原則而要求法院循此運作程序之前提下，本案裁定程序之運作亦應指向於促成上開意義之爭點簡化協議（含：基於程序選擇權，選用本案裁定終局解決紛爭而不再適用本案訴訟程序之合意、成立和解）<sup>47</sup>，而使其具有同於上開證據保全程序上

協議之效力。此項效力之發生，亦可尋求其正當化基礎於上開意義的程序保障。此種賦予程序保障以保護程序利益之機能，將可被期待更加一層發揮於借重滿足性假處分程序以迅速實現實體法上情報（資訊、報告）請求權之情形（在以此請求權為假處分之被保全權利即本案請求時）。<sup>48</sup>因為在此程序上，較諸其未被活用之情形，當事人可能獲得更多資訊，用以較量實體利害與程序利害之大小輕重，自發性達成或由法院運用程序指揮權促成上開協議（如：簡化事實上或證據上爭點之契約、仲裁鑑定契約、仲裁人選定契約、仲裁契約、不起訴契約），而減少利用或避免提起本案訴訟為攻防、審理以防止蒙受程序上不利益。

要之，應從新程序保障論再出發，亦將視野展向於定暫時狀態假處分程序與證據保全程序上或其他起訴前爭點簡化協議程序之交接領域，並進而探討此等程序之本案化，以及其取代本案訴訟程序或與之相銜接統合之可能範圍、前提要件。<sup>49</sup>於此，我國新法下所應有之問題關心，係不盡同於未如我國新法併設上開協議程序之外國法制下所持者，自不宜將其立論原樣移用於我國。

<sup>46</sup> 參照邱聯恭「爭點簡化協議程序之運用方針——評析其與民事訴訟法修正走向之關連」（略稱「運用方針」）（註2「爭點整理方法論」）九三頁。

<sup>47</sup> 在日本之審判實務上，經由滿足性假處分程序所達成之實質上和解占相當高之比率，可供參考。關於此，請參照シンポジウム「理論と実務」（見註41）八八頁。

<sup>48</sup> 探討如何利用滿足性假處分程序及證據保全程序以迅速實現實體法上情報請求權，乃今後之課題。其相關事例之介紹、分析，請參照邱聯恭「民事訴訟之目的」（見註16）一八八至一九〇頁；新堂幸司「訴訟提起前におけるカルテの閲覧・謄写について」（判例タイムズ三八二號，一九七九年）一六頁以下；春日偉知郎「情報請求権——実行手続と現代的意義——」（木川統一郎古稀文集・民事裁判の充実と促進（中），一九九四年）一九一頁以下。

<sup>49</sup> 關於程序保障可發揮銜接統合之機能，請參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註10）一〇三頁以下。

抑且，藉上開程序保障之賦予（保障兩造當事人均有實質參與「法」形成過程之機會）所尋求、形成的「法」，係存在於相關諸利益（含程序利益與系爭實體利益）之平衡點上者，而以貫徹公平、公正之理念為指標，且非必切合於客觀實體法。由於此項理念係與救濟法所指向實現者相通，所以可認為上開問題之探討實亦導向於，助益建構有關救濟法之程序保障論。<sup>50</sup>此事可謂具有相當之突破性、創新性意義，因為其對於向來程序法學係將有關固有訴訟事件（以客觀實體私權存否為本案審判對象之事件）之處理、解決程序如何建構一事作為主要研究對象者而言，不僅喚起重新省思訴訟制度目的論，且催促再檢討實體法與程序法之今後應有關係，而試圖開拓新研究領域。

## 2. 促成裁判外紛爭解決程序與判決程序之機能互補

### ——賦予平衡追求實體利益及程序利益之程序保障

#### (1) 機能互補之必要性——訴訟制度之長短

相較於裁判外紛爭解決制度（如：調解、仲裁、訴訟外或訴訟上和解或協議），向來之訴訟（判決）程序制度雖為保障人民

50 關於救濟法之一般理念為何以及所涉問題狀況，請參照山本和彥「民事救済システム」（岩波講座・現代の法5，一九九七年）二〇九頁以下；井上治典・佐上善和等編・民事救済手続法（一九九九年）四頁以下；竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」（民事訴訟雜誌四〇号，一九九四年）一九頁；川嶋四郎『「救済法」の課題と展望に関する一試論・序説』（民事訴訟雜誌四三号，一九九七年）一九八頁以下；同「民事訴訟における救済形成過程とその課題」〔新堂幸司古稀文集（上），二〇〇一年〕二二三頁；同「仮処分の方法についての覚書」（竹下守夫古稀文集，二〇〇二年）四〇一頁；同「民事訴訟の展望と指針」（民事訴訟雜誌五〇号，二〇〇四年）一二頁以下。

受憲法承認之訴訟權所必要，而具有相當之長處、特色<sup>51</sup>，但亦

51 相較於訴訟外紛爭解決方式，訴訟制度具有之特色、長處，尚非前者所可完全取代。例如：

第一，訴訟制度具有公權性、強行性，可由有意主張權利、請求救濟受害者，將我國司法審判權所及者強制性列為被告（不問其是否同意）使其應訴，是不同於訴訟外紛爭解決方式以對造之同意為基礎之情形（如：在仲裁或準仲裁就其程序之使用，當事人間應先達成協議；在調解或和解就紛爭解決之具體內容，應經當事人成立合意）。因為，憲法規定應保障人民之訴訟權，所以人民對於國家有司法行為請求權〔參照邱聯恭「司法現代化」（見註7）八六頁〕，而國家則應設立法院及訴訟制度供人民使用，俾有意主張權利、請求救濟受害者可對於其所指任何加害人或義務人（自然人、法人或任何社會上、經濟上、政治上強勢者）起訴，請求法院裁判，並使其具有強制效力（如：執行力、形成力、既判力）。並且，為保障普天下之人均有平等接近、使用法院（法官）之機會，尚應健全、充實含訴訟救助在內之法律扶助制度（如：第四四條之四、第一〇七條、第四六六條之二所規定者，併參照前揭「司法現代化」八七頁、一〇三頁以下），以排除提訴或應訴之障礙，防免發生投訴無門之情事。在此意義上，可謂訴訟制度亦具有普遍使用之可能性，非若裁判外紛爭解決方式之使用，可能因對造不為上開協議或合意而受阻。

第二，訴訟制度所賦予之程序保障係屬較能達成慎重而正確的裁判者，此項較嚴密之程序保障較有助於追求實體利益、保護實體權利，所以較能回應、滿足特別需求受該項程序保障之訴訟事件類型〔如：固有的訴訟事件類型而不強烈需求簡速裁判者，參照邱聯恭「類型審理」（見註10）七六頁以下〕。通常，該項程序保障之內容，除另有特別規定（如：就小額訴訟事件、簡易訴訟事件所設者，參照前揭「司法現代化」二七〇頁、三二三頁）外，原則上包含審級救濟之可能（如：承認權利上訴）、諸訴訟審理原則（主義）之依循、受訴法官之資格限制或身分保障（參照「司法現代化」二三頁以下）、訴訟代理人之資格限制（第六八條、第四六六條之一）等等，乃非必為裁判外紛爭解決程序所含有（併參照前揭「類型審理」九七頁以下）。

第三，訴訟制度具實體法基準性，亦即要求受訴法官依法裁判（應以實體法為裁判規範），所以較諸裁判外紛爭處理方式，更能貫徹客觀實體法規範（接近客觀真實）、保護系爭實體利益。並且，有意使

含有多項短處，尚待彌補。<sup>52</sup> 其短處有如：伴隨於實體法基準性所生程序上不利益、不經濟（由於嚴格要求受訴法院依實體法為裁判以保護系爭實體利益，而責其為此就該當於權利發生、變更或消滅之要件事實——認定其存否時所伴生之勞費付出）；因該項基準性之適用唯一化，終致紛爭解決基準欠缺彈性（排除依道德、社會情理等一般性社會規範或衡平法理為解決紛爭之可能性），而難回應社會價值觀多元化之需求；要求一律依向來之客觀舉證責任法則，就待證事實（如：在損害賠償請求事件，就兩造間所爭執侵害行為與損害發生之因果關係）為存在或不存在之

用訴訟制度之當事人，通常較容易預測解決紛爭之結果，而受保障其對法之預測可能性，較能對裁判之內容、自己之實體利益大小有所預測，據以實現系爭實體權。不過，在現代型訴訟事件或實體法上非訟化之情形，如何較其他事件類型（固有訴訟事件或因一般交易行為所生訟爭事件）更加一層充實訴訟程序以確保當事人對於裁判之預測可能性，仍屬課題（參照前揭「司法現代化」——一頁以下）。

- 52 訴訟制度（判決程序）含有短處，每成為訴訟外紛爭解決（處理）制度擴充論者評斷其制度存在理由之導因及正當化依據。其相關析論，請參照邱聯恭「調解程序之新變革」（下稱「調解程序」）（同·程序選擇權論，台大法學叢書 126，二〇〇〇年）一八一頁以下；同「仲裁契約之妨訴抗辯效力」（下稱「仲裁契約」）（同上書）二四二頁內註 12 之說明；小島武司＝伊藤 真編·裁判外紛爭處理法（一九九八年）八頁以下；石川 明＝三上威彥編著·比較裁判外紛爭解決制度（一九九七年）五頁以下；座談會（那須弘平等）「ADR 的過去・現在・未來——ADR 的立法論的課題——」（判例タイムズ〇八一號，二〇〇二年）七頁以下；井上治典·民事手続論（一九九三年）二一八頁以下；廣田尚久·紛爭解決の最先端（一九九九年）三二頁以下；同「紛爭解決手段としてのADR——訴訟との比較を通じて」（ジュリスト二〇七號，二〇〇一年）二四頁；守屋 明「裁判外紛爭解決手続き」（岩波·現代法 5，一九九七年）三〇五頁以下；田中成明·現代社會と裁判（一九九六年）——九頁以下；棚瀬孝雄·紛爭裁判法社会学（一九九二年）二四八頁以下。

一義性截然判斷，以致難照心證之程度（比率）為具有彈性之紛爭解決，而未必切合紛爭之實態；因要求受訴法院嚴守民事訴訟法所定程序為審判並保障審級救濟，以致伴生程序上不利益、不經濟（含：因踐行對審辯論以致感情上對立激烈化，而造成生活上不和諧或繼續來往、交易受阻等類系爭外不利益）；因將本案審判對象限定於原告以訴所表明之兩造間某實體法上權利義務（法律關係），以致造成本案判決內容（紛爭解決之結果）與紛爭實情相乖離，而難能徹底或統一解決同一或相關紛爭，終於無從真正獲得紛爭當事人（利害關係人）之信服、接納；因僅由具法律上知能之職業法官運作程序，以致難能因應事件類型之特性、需求，借重各該事件之事實判斷或紛爭解決所需專家（如：具有工程建造、醫學等方面之專業知能、素養者）參與探明相關之行為規範或評價準則；由於過度強調審判公開之故，導致隱私及業務（營業）秘密未能獲較周全之保護，終有侵害系爭外財產權、價值地位等類程序利益之虞；受制於法院處理事件之能力具有限性（法官員額、法院編制難能無限制擴充），導致訴訟審理不集中、判決延滯，而未能充分回應、滿足人民隨著紛爭事件量增質變所不斷產生之多樣化、複雜化新需求等等。

因此，為彌補上開短處、防免人民及紛爭當事人即程序制度使用者蒙受上開程序上不利益，應如何改革民事程序制度，以及如何擴充裁判外紛爭解決方式（程序）以濟向來訴訟制度之窮，乃成為民事司法改革論者所須面對之重要課題。此從如何落實新程序保障論、程序選擇權論及適時審判請求權論而言，係要求其應以賦予追求程序利益之程序保障（促進訴訟之程序保障）為改革理念<sup>53</sup>，致力於探討、克服如下課題：為賦予紛爭當事人有平衡追求程序利益之機會，應如何變革向來之訴訟程序、修正其相

關舊法上規定，並設法擴充裁判外紛爭解決方式？此類改革、擴充，在其承認紛爭當事人得自主選擇循判決程序或訴訟外紛爭解決程序之何者為終局性紛爭解決手段時，是否係意味容認當事人就優先追求實體利益（循判決程序認定客觀真實時所可能獲得者）或程序利益（循訴訟外紛爭解決程序為處理時所可能獲得者）之何者有程序選擇權？且就如何在此二利益之平衡點上確定真實、尋求「法」之所在，承認當事人有相當之主導權，而可藉此決定所謂「適時（適式）」審判之內容？為此，應如何開展相關之立法論（如何設計程序制度）及解釋論（如何運作程序）？

以下，想就新法已否意識到克服上開時代性新課題之必要性，以及如何予以面對、處理，舉例試加評論。

#### (2) 證據保全程序上協議導向裁判外解決紛爭

新法一方面擴充證據保全程序，容許紛爭當事人就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請鑑定、勘驗或保全書證（民訴法第三六八條第一項後段）；一方面則容許兩造以該程序上所蒐得之事證資料為基礎，得於起訴前（本案尚未繫屬時）就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議。此項協議如

係就訴訟標的所成立者，依其內容應為一定之給付時，得為執行名義（民訴法第三七六條之一第一項、第二項）。其立法意旨係亦為便利紛爭當事人，於尚未提起訴訟以前，得能蒐集更多事證資料，用以查明案情或紛爭狀況，而認明自身所處法律狀態，然後較量其所涉實體利害及程序利害之大小輕重，據以成立不起訴、調解先行、和解、仲裁（含：機構、正式仲裁及個別、非正式仲裁）或仲裁鑑定等類契約（協議）<sup>54</sup>，而判斷、選擇、決定究竟循訴訟程序或裁判外其他方式之何者解決紛爭。<sup>55</sup>

析言之，新法增設上開證據保全程序上協議程序之目的，係亦為增多紛爭當事人選用裁判外紛爭解決方式之機會，俾其對於訴訟方式未能充分保護當事人程序利益之缺失，發揮予以彌補之機能。該項機會之新法上賦予，係以認知當事人就訴訟方式（便於優先追求實體利益之方式）與訴訟外紛爭解決方式（便於優先追求程序利益之方式）之使用有程序選擇權為前提，於程序設計上充實其權利行使所需手段。經由此類手段之利用及程序選擇權之行使，當事人得某程度主導決定何謂「適時審判」、「法」之所在。亦即，新法係以上開協議程序引導紛爭當事人經由自律自主之利害較量，考慮宜否成立調解先行、和解或仲裁等協議，以選擇究竟以循訴訟方式所尋得的「法」或循其他裁判外紛爭解決方式所尋得的「法」，作為解決紛爭之規範。由於裁判外紛爭處理方式之多樣併存，所以該類紛爭解決規範亦隨著可能多元化、多重存在，其雖亦可能包含客觀實體法在內，但非必限於與其相

53 此處所提示之省思觀念（以賦予追求程序利益之程序保障為改革理念之觀點），尚非向來德、日有關裁判外紛爭解決制度如何擴充之論者明確意識所及。因彼等係偏向於將程序保障之概念限定為，有關賦予達成慎重而正確的裁判之程序保障者。關於此，請參照三上威彥「比較法的視点から見たわが国ADRの特質——ドイツ法から」（ジュリスト二〇七号，二〇〇一年）七一頁；小島武司＝伊藤 真編・前掲（見註 52）九頁以下；萩澤達彦「裁判外紛争処理の現状と将来」（法律学の争点シリーズ 5・民事訴訟法の争点 3 版，一九九八年）三九頁。至於其中強調民事紛爭解決制度使用者之立場者，請參照田中成明・前掲（見註 52）一一六頁以下；井上治典・前掲（見註 52）二二五頁。

54 關於此類協議所涉問題狀況，請併參照邱聯恭「運用方針」（見註 46）一〇五至一〇八頁。

55 關於新法增設證據保全程序上協議程序之立法意旨，請參照邱聯恭「程序利益保護原則」（見註 13）一文內「貳一、(二)」之說明

切合一致者。在此意義上，可謂新法已然重新界定程序法與實體法之應有關係，而容許當事人且要求法院，應在繫於判決程序之實體利益優先追求與繫於裁判外紛爭處理程序之程序利益優先追求等二者間有所取舍或折衷，並於該二者之平衡點上，確定「真實」、尋求「法」之所在，而非必以客觀實體法為解決紛爭之唯一或終局性規範。事實上，此項新法之指向，在其思想背景上，係存在著實體利益與程序利益平衡兼顧論及適時審判請求權論，而共通於新法增訂規定承認有關爭點簡化（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一及第二七一條之一）、鑑定人指定（第三二六條第二項）、委由受命法官調查證據（第二七〇條第三項第四款）、撤銷自認（第二七九條第三項）及使證人在法院外以書狀為陳述（第三〇五條）等類合意（協議）時，以及增訂下述有關準仲裁及程序轉換之規定時所處之理論背景。<sup>56</sup>

從上開修法之旨趣而言，今後之程序法學亦宜取向於探討：新法係認同何項制度目的論（何項制度目的論較能圓融闡釋上開新法之走向）？是否可評價為，其係將紛爭解決制度（含：訴訟制度）之目的鎖定於平衡兼顧實體利益及程序利益，且認知紛爭解決規範之多樣化，而不認系爭實體權利（利益）之保護及客觀實體法之貫徹為程序制度運作之首務？其走向之妥當性為何？向來學說上沿襲或繼受自德、日等國之事實審理制度目的論（如：客觀真實說或實體真實發現主義）、訴訟制度目的論（如：權利保護說、紛爭解決說）應如何重新省思？<sup>57</sup> 應否將訴訟制度之

目的，在其與其他裁判外紛爭解決制度之互動關係上，重新為全方位之設定？如何準此設定之結果，開展相關之解釋論或立法論？為貫徹上開新法之意旨，應如何擴充管道、增多誘因，使紛爭當事人更加信賴、更容易選用裁判外紛爭解決程序？<sup>58</sup> 更具體言之，例如，①在認知程序利益應受平衡兼顧之前提下，探討：就成立於上開證據保全程序上之協議（如：有關選定仲裁人、仲裁鑑定人或調解委員之協議）具何效力及其相關問題之處理，宜否先適用或類推適用仲裁法之規定（便於優先追求或保護程序利益之法律），而非逕依民事訴訟法（此項法律較仲裁法更偏向於優先保護實體利益）<sup>59</sup>。②為避免紛爭當事人因使用裁判外紛爭

58 在日本，其理論構成及論據雖非必盡同於我國學說，自一九九八年新民事訴訟法施行後，有關如何擴充裁判外紛爭處理制度並促使其實活性化之改革論亦多，且經司法制度改革審議會將該類制度列為與裁判（訴訟）制度同具重要性，而可廣供國民使用之選項。關於此方面議論，請參照萩澤達彦・前掲（見註 53）三八頁；草野芳郎「調停制度の現状と問題点」（法律学の争点シリーズ 5・民事訴訟法の争点 3 版，一九九八年）四〇頁；豐田博昭「仲裁制度の現状と問題点」（同上）四二頁；坂元和夫「現代民事裁判への提言」（谷口安平＝坂元和夫・裁判とフェアネス，一九九八年）二二三頁；小島武司「司法制度改革とADR——ADR理念と改革の方向（ジュリスト二七〇号，二〇〇一年）一〇頁以下；山本和彦「ADR基本法に関する一試論——ADRの紛争解決機能の強化に向けて」（同上）二六頁以下；早川吉尚「わが国のADRの問題点」（同上）三五頁以下；笠井正俊「比較法的視点からみたわが国ADRの特質——アメリカ法から」（同上）五七頁以下；廣田尚久・前掲（見註 52）一九頁以下；三上威彦・前掲（見註 53）六五頁以下。山本和彦「裁判外紛争解決手段（ADR）拡充・活性化に向けて」（NBL No.706，二〇〇一年）七頁以下；座談会「ADRの過去・現在・未来」（見註 52）一八頁以下；

59 關於如何本於第三七六條之一所定協議程序之立法旨趣，依循程序利

56 關於此類新法上規定之理論思想背景，請併照邱聯恭「程序選擇權」（見註 9）六九頁以下。

57 關於向來之訴訟制度目的論未充分貫徹立憲主義之精神，而忽略平衡保護實體利益及程序利益之觀點，請參照邱聯恭「民事訴訟之目的」（見註 16）一六一頁以下。

解決程序致遭額外之不利益（大於使用訴訟制度時所可能蒙受者），宜探討：就正式仲裁及調解以外之訴訟外紛爭解決方式，應如何增設消滅時效停止制度（就裁判外紛爭解決程序之使用未達目的後一定期間內起訴者，將該程序之開始視為已經起訴，以使其發生時效不中斷之效力）？為此，宜否如何增訂或類推適用仲裁法第二一條第四項或民事訴訟法第四一九條第三項等類規定，以免適用民法第一三三條有關時效不中斷之規定？<sup>60</sup>③為確保紛爭當事人對於裁判外紛爭處理制度之信賴度，應如何提昇其運作者（如：仲裁人、調解委員）之能力、素養？如何健全、充實其養成教育（如：在大學之學士後法學教育系所，增開相關課程）及有關職務執行之研習教育（如：設置有關其職前教育、繼續教育之單位或機構、將此類教育之接受予以強制化、義務化）？④在該等運作者之能力、素養（含：中立性、公正性）已獲相當提昇，而能受社會肯定信賴時，宜探討：如何修正仲裁法第三一條限於當事人明示合意時始得適用衡平原則之規定，以使紛爭當事人更有機會不必求仲裁人適用實定實體法，而可經由衡平法理之原則上適用優先追求程序利益？<sup>61</sup>

益保護原則，應用、操作有關協議效力之解釋論，筆者曾就具體事例有所嘗試，可供參考。其內容請參照「程序利益保護原則」（本書收錄）一文內「貳、一、(一) 1.」之析述。

60 沈冠伶「不起訴協議」（月旦法學教室第二期，二〇〇二年）——頁亦有同樣之問題意識。

61 相較於仲裁法明定仲裁庭於當事人明示合意時，始得適用衡平原則為判斷（仲裁法第三一條）之情形，未如此明定之準仲裁（如：委由調解委員或法官為調解條款之酌定者，另如下述），係亦得依衡平法理為酌定，而非必全然依實定實體法就其所設要件事實之存否為一一認定、判斷。從此而言，在其未必先要求當事人針對實體法所定要件事實為主張、舉證時，可謂當事人有較多選用裁判外紛爭解決方式之空

### (3)判決程序轉換為準仲裁程序

新法增設多項判決外紛爭解決方式，而容許法官或調解委員在充足一定要件時，得斟酌一切情形、適用衡平法理，定解決紛爭之方案（條款）。由於就此項方案之具體內容係委由法官或調解委員酌定，而非若和解及調解般須經紛爭當事人之合意，所以該方案之酌定雖不屬仲裁法所直接規範之對象，卻具有仲裁性，可稱為準仲裁。屬於此類者有：

#### (a)基於兩造聲請之定和解方案——法官仲裁之擴充

新法容許本案訴訟程序進行中之兩造當事人，於其和解之意思已甚接近時，得以書狀表明其願遵守之範圍，而聲請受訴法院、受命法官或受託法官，在當事人所表明之範圍內，斟酌一切情形，依衡平法理定和解方案；依此所定和解方案經於期日告知而記明筆錄或送達於當事人後，視為和解成立，而不得予以撤回（第三七七條之一第一項至第五項）；並發生與確定判決相同之效力（第三八〇條第一項）。此種新制之引進，係以賦予當事人有平衡追求實體利益與程序利益之機會為目的，而植基於此二利益平衡兼顧論及程序選擇權之法理，乃容許兩造選擇採用上開判決外之方式以解決紛爭，藉此避免續行本案審理<sup>62</sup>，亦屬訴訟外紛爭解決方式之一種擴充態樣。在此情形，由於當事人係依處分權主義行使程序處分權委請法官得適用衡平法理，而非必依客

間，而較諸依仲裁法求為判斷或循訴訟程序求為判決之場合，更有助於當事人主導、掌控紛爭解決之方向（如：更可依各該事件之特需，選任會計、建築、醫事或科技等方面專家為調解委員或準仲裁人，而非必多支勞費以選任法律專家參與。

62 關於新法增訂第三七七條之一之立法理由，以及和解方案之酌定所涉及訴訟標的範圍等問題，請參照邱聯恭「程序利益保護原則」（本書收錄）一文內「貳、一、(二) 2」所附註 38 之說明。

觀、實定實體法為和解方案之酌定，所以兩造之聲請及表明對法官有拘束性（兩造基於合意有聲請權），實即選擇循準仲裁程序所尋得的「法」作為終局性解決紛爭之基準，該項方案之酌定兼具仲裁性，乃屬法官仲裁之一態樣。

此種紛爭解決模式之特徵是，借重程序轉換論及程序法理交錯適用論以達成上開目的、因應事件類型或個別案情之需求。亦即，其係就同一事件之處理，在程序前階段適用訴訟法理（較著重於保護、追求實體利益之程序法理），而在程序後階段則適用仲裁法理（較著重於保護、追求程序利益之程序法理）。<sup>63</sup> 因此，為真正達成上開制度目的、充分發揮此種模式之紛爭解決機能，應探討：如何妥當轉換程序、適時交錯適用該二項程序法理？就此而言，由於新法為促成審理集中化所增設之爭點整理、簡化協議程序（第二六八條之一第二項、第二七〇條及第二七一條之一）亦以平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益、賦予其有程序選擇之機會為指標<sup>64</sup>，是與上開準仲裁程序所本之法理基礎相通，所以在上開訴訟法理與仲裁法理之轉換、交錯適用時，可能且應該被期待發揮相當之架橋作用。亦即，於本案訴訟程序之前階段，法官應致力於踐行必要之爭點整理、簡化協議程序，以掌握、凸顯爭點，並使當事人認明其所涉實體利害與程序利害之大小輕重，如認為有關某爭點之審理所可能伴生之程序上不利

益，將接近或超過該審理所可能取得之實體利益時，宜將其曉諭當事人以促使達成聲請（表明委由）法官定和解方案之協議。例如：在聲明求為判令償還五十萬元債務額之事件，如其中十萬元已否清償為爭點事實，而其證明可能造成判決時間之過度延滯或伴生數萬元之勞費付出時，法官宜促當事人認明其利害，而勸使達成表明類如「在四十萬元至五十萬元之間（範圍內）委由法官酌定應償還之金額，而不必就確已清償幾萬元之事實（客觀真實）進行調查證據。又，因該項酌定被視為和解成立（第三七七條之一第五項）時依法可退還之裁判費某元（第八四條第二項），亦委請法官酌定其應歸由何造當事人取得」等內容之協議。

為貫徹上開立法之意旨，今後應探究：可資以促成該類協議之諸誘因為何？法官應如何予以活用？此外，為增進上開法官仲裁制充分發揮其應有之機能，應如何提昇當事人對於運作主體即仲裁法官之信賴度？為此，宜如何寬認當事人得合意選定法官運作該制度？在民事訴訟合意選定法官審判暫行條例已施行之今日<sup>65</sup>，代理訴訟之律師應如何儘可能引據該條例之規定，勸使當事

65 民事訴訟合意選定法官審判暫行條例，已於民國九十二年六月五日公布並於該日起三個月施行（其期間為一年），其制定係本於程序選擇權之法理〔參照邱聯恭「司法現代化」（見註7）一三九頁以下；同「程序選擇權」（見註9）四二頁〕，從本文之論旨觀之，固值肯定。惟今後宜再探討：該條例所規定之內容，是否尚不足以充分保障當事人之程序選擇權？如何再加修正以增多誘因，使當事人更有選定法官為審判或依民事訴訟法第三七七條之一定和解方案（為仲裁）之意願或機會。該條例第一條規定為「為尊重當事人之程序主體地位及程序選擇權，增進人民對裁判之信賴，並疏減訟源，特制定本條例。」

又，上開條例施行後，對其施加評價之論文有：沈冠伶『民事訴訟合意選定法官審判暫行條例』（月旦法學雜誌第一〇一期，二〇〇三年）七二頁以下。

63 相較於訴訟法理之適用，仲裁法理之適用可發揮法律外專業技術性、迅速經濟、秘密保護、彈性處理紛爭等機能。關於此，請參照邱聯恭「仲裁契約」（見註52）二四二至二四三頁內註12之說明。

64 關於爭點整理、簡化協議程序應如何踐行及發揮機能，請參照邱聯恭「方法論序」（見註2）二三頁以下；同「運用方針」（見註46）七四頁以下。

人成立上開使用法官仲裁之協議？再者，就本案訴訟需借重法律外專業知識始能妥為整理爭點（事實上或證據上爭點）或認定事實之情形而言，亦宜研究：應如何設計制度以使具有法律外專業知識者（專家）得能參與運作上開程序，而更加一層發揮仲裁之機能？為此，應如何起草、制定專家參審條例？<sup>66</sup>

(b)依職權提出和解方案

新法容許受訴法院、受命法官或受託法官，於當事人有和解之望，而一造到場有困難時，得依當事人一造之聲請或依職權提出和解方案（如：在被告即債務人僅為無力清償之抗辯時，法官依原告即債權人之聲請或依職權，提出使被告分期或緩期履行，如其於一定期限內自動履行某元時，得免除部分給付等類方案），此項方案經送達於兩造後，如其於法官所定期限內表示接受時，視為已成立和解（第三七七條之二）。其立法理由亦示明，為擴大和解制度解決紛爭之功能，特容許法官得斟酌一切情形以求兩造利益平衡等意旨。<sup>67</sup>此項新制除具有和解之性質外，

66 司法院依全國司法改革會議之決議，已成立「司法院專家參審試行條例研究制定委員會」，著手起草相關條文，現正運作中。其目前已擬成之條文，亦以平衡兼顧實體利益與程序利益為宗旨，因其係以「為增強法院關於法律外之專業知識，以發現真實、促進訴訟，確保候審之公正性，以保護當事人實體利益與程序利益，提高國民對司法之信賴，爰制定本條例」為立法理由，起草第一條為：「為增進法院於裁判上認事用法之適當性，保護訴訟當事人之利益，提升國民對司法之信賴，特制定本條例」。

67 其立法理由謂：「本法原則上採言詞審理主義，故於當事人一造到場有困難時，除符合第三百八十五條及第三百八十六條之規定，法院得為一造辯論判決外，訴訟程序往往因此不能迅速進行，並影響當事人之權益。於此情形，如法院、受命法官或受託法官能斟酌一切情形，求兩造利益之平衡提出和解方案，並為兩造所接受，當事人間之紛爭即可獲得圓滿解決，爰增訂本條，以擴大和解制度解決紛爭之功能……」〔參照「修正彙編(4)」(見註1)一〇七三頁〕。

實亦兼具有準仲裁性，並含有程序法上非訟化之屬性，亦為新法擴充判決外紛爭解決方式之表徵。因為，其程序內容之主要特徵有三：第一是，宜否將判決程序轉換為和解方案酌定程序（準仲裁程序），係取決於法官之裁量，一造當事人之聲請非必可拘束法官，是與上開由兩造聲請之情形有異。就此而言，該酌定程序是否開始，尚非可由一造當事人單獨決定，所以具有程序法上非訟化之性質。第二是，法官於為該項酌定時，可依循衡平法理，較量所涉兩造間實體利害及程序利害之大小，然後據以定該方案之內容，而非必全依客觀、實定實體法為判定。就此而言，法官之酌定具有仲裁性，亦屬法官仲裁之一態樣，係有異於判決。第三是，法官所酌定之方案內容，須經兩造表明予以接受時，始視為依其內容成立和解。從該內容應經兩造同意接受始可對其發生拘束力而言，係具有同於訴訟上和解之性質，而為當事人行使程序選擇權、程序處分權之一種態樣。要之，上開新法之意旨係要求法官，於為上開裁量、酌定時，應兼顧實體利益與程序利益，謀求此二者之平衡點。此項意旨係與其他新法上多項有關裁量權賦予之規定所指向者相通，均期待、要求為衡平之裁判，而借重事件類型審理必要論。<sup>68</sup>

為貫徹上開立法之意旨，今後應探討：如何提昇紛爭當事人對於上開準仲裁程序之運作者即法官之信賴度，以使其所定和解方案容易為兩造接納？此方面之今後課題，亦如上述(a)所說明。

(4)調解程序之擴充及轉換為準仲裁程序

新法除擴大應適用調解前置主義之事件範圍（第四〇三條）

68 屬於此類之新法上規定及其法理依據為何，請參照邱聯恭「程序選擇權」（見註9）六七至六九頁內註18之說明。

外，並容許兩造當事人既得合意將繫屬於第一審之訴訟事件移付調解，使其從訴訟程序轉換改用調解程序，而暫時停止進行訴訟程序（第四二〇條之一）；亦得合意將調解中之事件委由調解委員或法官酌定解決事件之調解條款，使調解程序轉換改用準仲裁程序（第四一五條之一）。此類擴充調解程序及準仲裁程序適用範圍之新法走向，係導自於認知事件類型審理必要論、程序選擇權之法理、程序法理交錯適用肯定論及程序轉換論，而以賦予當事人有平衡追求實體利益及程序利益之機會為指標，使其得借重判決外紛爭解決方式以參與「法」之尋求、主導決定何謂適時（適式）審判（紛爭解決）。<sup>69</sup>

事實上，為確保、促使上開程序擴充發揮應有之機能，新法同時增訂規定，擴充調解委員制並強化其功能（第四〇六條之一、第四〇六條之二、第四一一條），以彌補向來運作程序之職業法官常不諳法律外專業知識之缺失。<sup>70</sup>亦即，新法改以調解委員為調解程序及上開準仲裁程序之運作主體，期能遴選就各該紛爭事件具有其所需特殊專業知識之人士充任調解委員，使其提供切合各該紛爭事件特性、需求之專業知識，作為當事人進行調解時決定是否或如何互相讓步之基礎資料，藉此協同尋求用以解決紛爭之「法」。抑且，隨著此項配套措施之採行（法的主體面之一種充實態樣），新法亦期待藉此強化紛爭當事人對於程序運作主體之信賴度，而促成委由調解委員酌定調解條款之合意。此項修法走向，係意圖從實質上擴大發揮裁判外紛爭解決方式之機

69 關於新法擴充調解程序及其相關準仲裁程序之理論背景、法理依據，請參照邱聯恭「調解程序」（見註 52）一八五頁以下，同「程序利益保護原則」（見註 13）一文內「貳(二) 2」之說明。

70 關於調解委員制之新變革，請參照前揭「調解程序」一八九頁以下。

能，值得肯定。

問題是，今後應研究：為貫徹上開新法之意旨，應如何提昇調解委員之能力、素養（含調解技術之熟練）？如何養成稱職者、確保能勝任者之員額？又，就調解程序或準仲裁程序宜如何運作而言，應研究：如何針對事件類型之特性、需求或案情之不同，再設計不盡相同之調解程序（如：再細分一般民事調解與家事調解，而予以構成不盡同之程序）？可否分別採行適宜之程序進行方式（如：對席、同席商談之調解方式或個別、交互商談之調解方式）？<sup>71</sup>就其進行方式之採用，是否宜先聽取當事人之意見？如何重新界定或調整調解程序與本案訴訟程序之對應關係？在具有法律外專業知能之調解委員可被借重，而期待其協同整理、掌握爭點之前提下，宜否如何將需求借重該專業知識之訴訟事件（如：有關建築工程、醫療等之訟爭事件或家事事件），轉換改用調解程序或準仲裁程序（如：在一定條件下，容許家事法官或家事調解委員或參審法官為仲裁判斷性裁判），而使其同時發揮新法所認爭點整理、簡化協議程序或仲裁鑑定程序（如：就某涉及法律專業知識之爭點事實，促成委由調解委員為仲裁鑑定之協議）之機能？<sup>72</sup>於新法增訂上開準仲裁程序，並容許將判決程序轉換為調解程序以後之今日，在解釋論上，是否不應復認為

71 關於此方面問題之探討，請參照坂元和夫·前揭（見註 58）一七〇頁以下；草野芳郎·前揭（見註 58）四一頁；石川 明「調停の型」（判例タイムズ〇四〇号，二〇〇〇年）八二頁；笹井正俊·前揭（見註 58）六二至六三頁。

72 關於爭點簡化協議程序與轉換（移付）調解或準仲裁程序之關係，以及借重具有法律專業知識者參與整理爭點或作成仲裁鑑定之必要性，請參照邱聯恭「運用方針」（見註 46）八四至八七頁、一〇五頁；笹井正俊·前揭（見註 58）六四頁。

第四二二條之規定（不得將調解程序中所為勸導、陳述或讓步，作為本案訴訟之裁判基礎等內容之規定）含有不許兩造合意予以排除或限制適用之意旨？<sup>73</sup>

⑤如何省思裁判外紛爭解決程序與判決程序之應有關係？

綜上所評新法之意向，可知其擴充判決外紛爭解決方式，係為賦予紛爭當事人有更多自主選擇程序之機會，俾用以平衡追求實體利益與程序利益，尋求解決紛爭之基準即「法」，藉以確保其程序主體地位。由於是否使用判決外紛爭解決方式或接納其內容乃取決於當事人之意願（程序處分權之行使），而非全由法官為終局性決定，所以不應認為上開程序擴充係以減輕個別法官之負擔或節省司法資源為主要或唯一之著眼點。因此，可評價為：新法係亦認知國民之法主體性<sup>74</sup>，為此如何予以延伸、如何確保紛爭當事人所享程序主體地位及程序選擇權之觀點，應據以省思裁判外紛爭解決程序與判決程序之今後應有關係。亦即，其相關紛爭解決程序之設計及運作，應指向於增多紛爭當事人之選項（制度使用之鬆綁），以回應紛爭事件類型之多樣化及其所繫社會價值觀之多元化。

準此，就紛爭解決制度之整體設計及運作而言，今後宜取向於研究：①如何界定裁判外諸紛爭解決程序相互間（如：仲裁程序與調解程序之間）及其與判決（訴訟）程序間之對應、銜接關係，始較能平衡賦予程序保障為紛爭當事人追求實體利益者及追求程序利益者？②為此，是否宜容許紛爭當事人基於合意（程序

選擇權、程序處分權之行使），擬定判決外紛爭解決程序之進行所應遵守之規則（如：仲裁法官或調解委員於運作酌定調解條款之準仲裁程序時所應依循之規則），使該程序之運作者依循（可否類推適用仲裁法第一九條所認法理）？為伸展國民之法主體性，應如何養成、培育判決外紛爭解決程序之運作者（如：能確保中立性、公正性而值得信賴之仲裁人、準仲裁人或調解委員）？如何對其施加教育、訓練，而承認其可取得相當之法定資格？③如何修正律師法及充實律師倫理、懲戒規範，以促使其克盡促進訴訟之義務、致力保護當事人之程序利益（減輕其勞費負擔）？<sup>75</sup>例如：就需要借重法律外專業知識始克妥適整理爭點或迅速解決紛爭之事件，未適當分析該事件所涉程序上利害，且未向當事人說明其宜逕行選用或轉換改用上開判決外紛爭解決程序之律師，是否應受相當之制裁？此類規律之充實，對於其他相關專門職（如：會計師、建築師、醫師、心理諮商師或社會工作師等等）參與運作裁判外紛爭處理程序者，是否亦屬必要？④為對於整體性解決上開諸問題提示基本方針，宜否如何制定訴訟外紛爭處理程序基本法，使其與民事訴訟法、非訟事件法、家事事件法、仲裁法、鄉鎮市調解條例及其他有關行政機關進行調處、調解程序之法律（如：消費者保護法第四四條至第四六條）等並存施行？

73 此方面相關問題之探討，併請參照邱聯恭「程序利益保護原則」（見註13）一文內「貳、一〇2」中註43之說明；笹井正俊·前掲（見註58）六三至六四頁；山本和彥·前掲（見註58）。

74 參照邱聯恭「司法現代化」（見註7）一九頁以下。

75 關於律師亦負有促進訴訟、保護當事人程序利益等義務，請參照前掲「司法現代化」一八一頁以下。

## (二) 取向於探討如何促使訴訟指揮權發揮防止突襲之機能

### 1. 法院闡明之目的、法理依據

民事訴訟之本案審判，通常係由受訴法院將其所解釋之法律（實體法規），適用於其認定之具體事實，然後下裁判。在此種認定事實、適用法律之過程（本案審判過程），當事人依處分權主義、辯論主義（協同主義）所為審判上必要之聲明（有關訴訟上請求之表明）、主張或陳述（有關事實、證據之陳述），可能發生未充分提出相關資料（含訴訟資料、證據資料）於受訴法院之事態。法院在此種事態發生下所為裁判，係對於當事人之突襲。其肇因不一，諸如：①依自由心證主義委由法官為事實認定（終局性心證形成）及依法官知法原則承認法官有適法職責（解釋法律而予以適用於特定具體事實之職權）之結果，倘受訴法官默不將內心所持有關如何形成心證或適法之認識、判斷或評價（含證據評價、法律評價），適度向當事人披露、開示，則其將無從預測得知應再補提更充分而有利於發現真實、促進訴訟或正確適用法律的資料。②此類當事人未能補提資料之事態亦會發生於，法官與當事人就特定事件所持有關心證形成或法律適用之認識、判斷或評價係互不一致，而法官卻未將其中對裁判結果（實體利益之獲得）或審理取向（程序利益之追求）有影響者，向當事人為披露、開示時。③該項判斷、評價互不一致之情事，不論在本人訴訟之場合或律師代理訴訟之場合，均可能發生，以致當事人如於言詞辯論終結前未適時獲得預測法官所持判斷、評價之機會時，將難提出法院認為重要之上開資料，而無從就有助於追求實體利益（發現真實、正確適用法律）或程序利益（促進訴

訟）之事項，為充分之攻擊防禦（有關訴訟上請求之表明或有關事實、證據之主張、陳述）。④在本人訴訟，當事人本人因不諳法律致不確知如何就其所主張生活（紛爭）事實為法律上定性、評價或引用準據規範時；或在律師代理訴訟，該項評價、規範有被訴訟代理人忽略之情形時，如法官未適時予以協力或曉諭，則當事人將難為充分之訴訟遂行，而有蒙受實體上不利益（因某實體法規未被引用時所生不利益）或程序上不利益（如：因需提起上訴或另行起訴以引用某實體法規求為審判時所伴生之勞費付出），以致程序主體地位受侵害或未能獲保護之危險。<sup>76</sup>此類危險之存在可能性，尤其顯現於有關無名契約或新型態交易行為之紛爭事件涉訟時，乃新時代之訴訟制度改革論所必須正視、克服者。

上開不利益事態或危險之防免發生，從突襲防止論、新程序保障論及程序主體權保障論而言，縱使在採行律師強制代理主義之訴訟架構下，固亦屬必要；在尚未能採行該主義<sup>77</sup>，且律師制

76 關於要求法院開示心證或表明法律適用上見解之目的及法理依據，請參照邱聯恭「心證公開論——著重於闡述心證公開之目的與方法」（略稱「心證公開論」）（同·程序選擇權論，台大法學叢書 126，二〇〇〇年）一四四頁以下。

77 為借重律師增進訴訟制度發揮應有之機能，新法雖已於事實審改採律師代理之原則（第六八條），並於法律審增設律師強制代理制（第四六六條之一至第四六六條之三），但受限於配套措施不盡齊備之現實，仍未敢貿然採用該制度於事實審。不過，值得注意的是，為防止發生突襲性裁判、盡充分審理之能事，晚近論者尚一再強調：縱使在採用律師強制代理制之德國或委任有律師為代理人之日本訴訟實務，亦被認為法院應適度將其所持法律觀點向當事人或訴訟代理人表明，並就事實或證據為相當之闡明。關於此，請併參照松本博之「日本の新民事訴訟法による訴訟の構造」（民事訴訟法学会編・民事訴訟法・倒産法の現代的潮流，一九九八年）一二三頁；原 竹裕「裁判官の法

度尚不盡健全之我國，尤屬切需。<sup>78</sup> 易言之，為達成防止發生突襲性裁判（含：發現真實、促進訴訟及法律適用的突襲）之目的，設法要求、促使法官運用訴訟指揮權及其一環之闡明權，適時將上開形成心證及適用法律之判斷、評價，披露、開示於當事人，使其預知如何充分為攻擊防禦一事，乃立法論、解釋論上之課題。於是，訴訟指揮權及闡明權之行使既非自我目的，亦不宜侷限於一味保護系爭實體利益或謀求當事人間之平等<sup>79</sup>，而應指向於防免發生突襲性裁判（含：來自法院的突襲及當事人間的突襲），平衡兼顧實體利益及程序利益。

如今，要檢視的是，新法如何處理上開課題？其修法走向所可能及於今後民事程序法學之影響為何？以下擬就此方面，舉若干事例，試加評析。

## 2. 指向增進處分權主義發揮機能之闡明義務加重

### (1) 省思訴訟標的論並重整客觀合併型態之契機

民事訴訟法採用處分權主義之目的，係為使其發揮如下之機能：從決定是否開始訴訟程序之層面上言之，當事人（原告及有意提起反訴之被告）係被賦予機會，可基於程序處分權之行使較

的觀點の指摘と心証の披瀝」（ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点第3版，一九九八年）一八八頁；園部秀穂＝原 司「釈明権及び釈明処分」（同上）一八六頁；本間義信「闡明権」（佐々木吉男先生追悼論集・民事紛争の解決と手続，二〇〇〇年）一六〇頁以下；邱聯恭「方法論序」（見註2）六八頁內註25之說明。

78 關於我國律師制度之問題點及採用律師強制代理主義之前提，請參照邱聯恭「司法現代化」（見註7）一頁以下、一八五頁以下。

79 關於此方面向來立論之不够周延性及問題點，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之評述〔「民訴研討四」（見註6）一九六頁以下〕；本間義信「釈明権」（見註77）一五六頁以下。

量起訴與否所涉程序利害之大小輕重，然後據以決定是否起訴、列何者為當事人以及是否利用主觀或客觀合併之方式起訴。亦即，此時當事人可行使程序處分權以抉擇如何開始程序，而平衡追求程序利益（如：因避不開始程序所節省之勞費付出、因合併於同一程序為訴訟上請求而避不另行起訴時所節省之勞費付出）及系爭實體利益。又，從主導表明、特定審判對象、範圍之層面言之，當事人可基於程序處分權之行使，考量有未將某事項列為本案審判對象一事所涉程序利益及實體利益之大小輕重，然後據以抉擇如何表明、特定其訴訟上請求之範圍，並就可能額外招致程序上不利利益之事項（如：含有事證蒐集上困難之權利主張或事項）予以取捨或自行決定是否排除於審判範圍之外。其中，就賦予當事人追求程序利益之機會而言，處分權主義所發揮之一項機能是，防止發生促進訴訟的突襲。此項機能卻未被向來之新、舊訴訟標的論者及訴之主、客觀合併論者所充分認知。<sup>80</sup>

可是，上開認知不足之狀態，已被新法所改變。亦即，新法要求審判長或受命法官，於認為依原告之聲明及事實上陳述得主張其疏未完足主張之其他法律關係時，應予以曉諭使為敘明或補充；又，於被告之主張事由究為防禦方法或提起反訴有疑義時，亦應予以闡明（第一九九條之一、第二七二條第一項）。此規定係以加重法官闡明義務為手段，要求其審理活動指向於防止發生促進訴訟的突襲、達成保護當事人程序利益之目的。<sup>81</sup> 換言之，

80 關於處分權主義之採用係為借重其如何發揮機能，請參照筆者在民事訴訟法研究會第六十次研討會之闡述〔「民訴研討(4)」（見註6）一七八頁以下〕。

81 關於此項規定之立法意旨及其如何受程序利益保護原則所前導，請參照邱聯恭「程序利益保護原則」（見註13）一文內「貳、一、(一)」之闡述。又，關於尚未明文設有該規定之日本法如何受批評，請參照邱

於此法官係被要求，應採取表明法律見解（有關當事人所陳事實可能該當於發生何項法律關係之法官見解）之闡明方式，使當事人獲知法官於心證形成及法律適用上所認當事人得主張（為訴訟上請求）卻尚未被其提出之法律關係為何，俾其有機會用以依處分權主義行使程序處分權，自主決定是否將該法律關係列入或排除於本案審判對象、範圍之內或外。伴隨於此種訴訟指揮，當事人係經由法官闡明被賦予較量程序利害（因該法律關係之主張與否在程序上可能導致經濟上利益或精神上價值之大小有無）與實體利害（因該法律關係之主張是否被法院容認所可能蒙受之實體法上利益或不利益）之機會，藉此將獲更多資訊，用以判斷如何追求上述意義之程序利益，並主導決定如何選擇、劃定本案審判對象、範圍。其結果，相較於未增設新法之情形，前開處分權主義之機能，將更加一層被發揮。

更具體言之，基於上開意旨，新法應該且可能在下列方面促使處分權主義發揮應有機能，並成為重新檢討訴訟標的論、客觀合併型態論及訴之變更、追加容許論之契機。

(a) 訴訟標的論之新、舊說是否無復爭論實益？

向來，訴訟標的理論之新、舊說均未以要求受訴法官表明法律見解（有關當事人所主張原因事實可能該當於發生何項法律關係或法律要件該當性判斷之見解）為立論之基礎或前提。可是，此項態度，不僅在近二十年來已受來自於突襲防止論及新程序保障論之批判<sup>82</sup>；為回應上開新法意旨所示改革理念（要求法院致力防止發生突襲性裁判之理念），亦應重新檢討自身之妥當性而

有所修正。基此認識，上開新法之規定，乃要求受訴法院不論採訴訟標的論之新說或舊說為審理，均應將原告就其主張事實所忽略之法律關係予以曉諭，使其知有所敘明或補充，而獲得機會用以儘可能利用同一程序解決涉及該法律關係之紛爭，追求程序利益（因該法律關係之合併主張而不必另開程序時所可能獲致之勞費節省）、受益於促進訴訟的突襲被防止發生。因此，應探討：隨著該曉諭（闡明）程序之踐行，訴訟標的論之新說與舊說，是否均應有所修正？二者間是否已乏爭論之實益性？此項探討之必要性係顯示於下述場合：

第一場合是，原告起訴時已為訴之聲明卻僅表明請求之原因事實，而未同時自為實體法上權利定性（未表明請求權基礎）。於此場合，由於請求權基礎之表明原非訴訟標的之特定所必須，亦非起訴必備之合法要件<sup>83</sup>，所以縱使採舊訴訟標的理論者亦不應認為，原告之起訴尚未特定訴訟標的；又，由於原告所表明之原因事實可能有廣狹或範圍大小不同之情形（原因事實之同一非即恒屬單一）<sup>84</sup>，所以縱使採新訴訟標的論者亦不應認為，原告

82 參照筆者在民事訴訟法研究會第二十四次、第二十九次、第三十三次及第三十九次研討會之闡述〔「民訴研討(一)」(見註 6)五七八至五七九頁內註 8；「民訴研討(二)」三二三頁至三四四頁內註 8、六一三至六一四頁內註 15 及「民訴研討(四)」二二六至二三一頁內註 16 之說明〕；邱聯恭「司法現代化」(見註 7)二一二頁以下；同「方法論序」(見註 2)三一三頁、三一七頁。

83 參照邱聯恭「方法論序」(見註 2)一二至一四頁、五一頁、六六頁內註 9 之說明；同「訴訟上請求之表明如何兼顧實體利益及程序利益」(略稱「訴訟上請求」)(台灣本土法學第五二期，二〇〇三年)六八頁即本書第九五頁內註 14 之說明。

84 參照邱聯恭「訴訟上請求」(見註 83)六九頁即本書第九七頁內註 15 之說明。

聯恭「先導理論」(見註 13)二五一頁；同「方法論序」(見註 2)六八至六九頁內註 25 之說明；筆者在民事訴訟法研究會第七十八次研討會之闡述〔「民訴研討(四)」五五頁內註 3〕。

所特定之訴訟標的恒屬單一而絕無請求權並立構成兩個訴訟標的之可能。從此角度而言，今後宜再回顧、評析：向來之新、舊訴訟標的論者及受其影響之審判實務，有無誤解訴訟標的之概念所具機能之情事？其實，於此情形，重要的是，為貫徹防止發生突襲性裁判之要求，受訴法院應將原告所忽略而為其可能主張之請求權基礎，向當事人為闡明（曉諭），或就如何為權利定性與當事人進行法律適用上討論。況且，此項程序踐行之必要性，已經上開新法訂成明文（第一九九條之一）；縱使無此特別規定，依有關闡明義務之一般規定（第一九九條），亦所應然。否則，如認為原告應重新主張其在上開情形所忽略之請求權基礎，另行起訴求為審判，則將使其不得不蒙受程序上不利利益（因另行起訴所伴生之勞費付出），而遭受促進訴訟的突襲。抑且，倘認為原告就同一原因事實，應該或可能按不同之法律評價（有關權利定性或請求權基礎為何之判斷上見解不同）分別各構成不同之訴訟標的，一一起訴而多次使用訴訟程序云云，則將悖逆公益維護層面上訴訟經濟之要求（司法資源合理分配之原則），豈能謂當。於是，在此方面，向來之訴訟標的論者有無解說不足之處，乃值得探討之問題。

第二場合是，原告起訴時為單一訴之聲明，並陳述某狹義之原因事實（僅可能該當發生某一權利，而不可能該當於發生兩個以上請求權之事實）同時主張其所該當發生之某一實體法上權利，但法官卻認為其權利定性有錯誤或與法官所持見解不一致。於此場合，基於防止發生突襲性裁判之要求或依上開新法規定之旨趣，受訴法院亦應將其所認法律見解曉諭當事人（原告），此不論採用何種訴訟標的理論為審理均所應然。<sup>85</sup>為此，應檢視：向來認同新、舊訴訟標的理論者有無忽視此方面之觀點？其是否

應有所修正？是否不應認為：原告得以其自行權利定性之法律見解作為訴訟標的，而限定受訴法院僅以該見解（法律評價）為審判對象？否則，即無異於承認原告就同一單一之原因事實，可按法律評價之不同分別構成不同之訴訟標的，而違反「法官知法」原則及審判獨立原則？<sup>86</sup>

第三場合是，原告起訴為單一訴之聲明，同時主張某廣義原因事實<sup>87</sup>，而可能據此主張 a、b、c 等三個競合請求權，但原告卻僅主張其中一個請求權（c 請求權）。於此場合，為貫徹防止發生突襲性裁判之要求，依上開新法之規定，受訴法院應曉諭原告可能主張其於起訴時尚未明確表示有意主張之請求權（a 或 b 請求權），使其有予以補充或敘明之機會。否則，未為該項曉諭之審理活動，將導致發生促進訴訟的突襲，違反新法對法院所課闡明義務（法律見解表明義務）。於此，新法係要求法院應尊重原告有關如何特定、表明訴訟標的之程序處分權、程序選擇權<sup>88</sup>，而非認為法院得不問原告行使該權利之意願，強將法院所認

85 關於我國向來之審判實務如何忽視原因事實之表明所具特定訴訟標的之機能，請參照邱聯恭「訴訟上請求」（見註 83）六七頁即本書第九三頁內註 13 之評述。

86 基於法官知法及法官（審判）獨立等原則，法律之適用乃法官職責，並不當然受當事人所示法律見解之制約，請參照邱聯恭「司法現代化」（見註 7）四五頁以下、一二二頁、一四二頁；同「方法論序」（見註 2）四八頁、五一頁、三八六頁。

87 屬於此類廣義原因事實者有如：邱聯恭「方法論序」（見註 2）四一四頁內圖表六所示最大圈之事實（含涉 a、b 及 c 等三部分之事實者）。相關闡述，請併參照筆者在「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」學術研討會（略稱「集中審理研討會」）之說明〔載於法官協會雜誌第二卷第一期（二〇〇〇年）二三六頁以下〕。

88 請參照邱聯恭「司法現代化」（見註 7）一三九頁以下；併請回顧註 9 之說明。

其他法律關係均併入審判之對象範圍內，所以如果原告經法院賦予該機會後，表明無意為上述之補充時，則法院不得僅為貫徹紛爭解決一次性或擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求，竟無視原告就訴訟標的之特定所為程序處分權行使之結果。為貫徹此意旨，關於如何表明、特定訴訟標的之問題處理，應立足於要求法官盡上開闡明義務以賦予該項機會之前提。因此，非基於此前提之新、舊訴訟標的論，應有重新檢討其妥當性之必要。

亦即，今後宜探討：在上述第三場合，認為應僅以 c 請求權為訴訟標的，而不必課法官負法律見解表明義務，亦不必賦予原告上開機會（敘明或補充 a、b 請求權為審判對象之機會）云云之見解（舊說），是否將導致發生促進訴訟的突襲，而不足以保護當事人之程序利益（求為合併審判時所可獲得之勞費節省）？在法官已盡該項義務，而賦予原告該機會之情形，是否較諸非然之情形，更有使原告（就 a 或 b 請求權之主張）發生失權之正當化根據？<sup>89</sup>認為原告不得基於程序處分權、程序選擇權，就某訴之聲明以某紛爭事實（上開原因事實）特定訴訟標的，而選擇紛爭單位型訴訟標的云云之見解，是否將導致發生促進訴訟的突襲（未賦予當事人利用同一程序解決一個紛爭之機會），而未充分尊重程序處分權、程序選擇權之行使？其見解之妥當性應否重新評估？未被賦予上開機會，以致難認為就權利（a 或 b 請求權）

主張應負行為責任之當事人，是否不應受失權制裁（a 或 b 權利之主張不應被既判力所遮斷）？又，是否不應認為：原告恒須以紛爭事實（涵蓋 a、b 及 c 請求權所涉原因事實在內者）為準就某訴之聲明特定訴訟標的，並據以判定既判力之客觀範圍，而不容許原告將其中部分請求權（a 或 b 請求權）排除於審判對象範圍外？向來竟然如此認為之見解（新說），是否將導致發現真實的突襲（有關 a 及 b 請求權存否之審判，係在未賦予當事人有充分蒐集事證、準備攻擊防禦之機會下行之）？上開突襲之發生，是否均伴隨於法官未盡法律見解表明義務，以致亦發生法律適用的突襲？要之，在依新法要求法官盡該項法律見解表明義務時，或上開有關如何表明、特定訴訟標的之程序選擇權已受尊重之前提下，有關訴訟標的論之新、舊說，是否已乏爭論之實益？為貫徹我國新法之意旨，該類新、舊說係繼受或介紹自無如我國設有新規定（第一九九條之一）之他國者，今後是否已不足取？

第四場合是，設上開第三場合為前訴訟，於其繫屬中，當事人又提起後訴訟（給付訴訟、積極或消極確認訴訟）主張同一廣義原因事實，以致涉及如何就後訴訟判斷其有無違反重複起訴禁止之規定（第二五三條）或如何予以處理之問題時。在此場合，前開新法（第一九九條之一）為加重闡明義務（法律見解表明義務）所示保護程序利益及擴大訴訟制度解決紛爭功能（紛爭解決一次性）之意旨，亦應成為後訴法院指揮訴訟之指針。亦即，為貫徹該項意旨，後訴法院應儘可能曉諭當事人依上述就第三場合所為說明於前訴訟請求合併審判，或將後訴訟合併於前訴訟為辯論或裁判（善用第二〇五條第一項、第二項之規定）<sup>90</sup>，而不宜

89 關於失權制裁之正當化根據，請參照邱聯恭「方法論序」（見註 2）六三頁；同「優先承買權存否確認事件之爭點整理」（同・爭點整理方法論，台大法學叢書 130，二〇〇一年）二〇九頁；同・民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編・民事法律專題研究(六)，二〇〇〇年）二六八頁；筆者在民事訴訟法研究會第五十七次研討會之闡述〔「民訴研討(六)」（見註 6）三九四頁〕。

90 關於合併辯論、裁判之裁量權行使，亦應指向於兼顧程序利益之保護

在如此善為行使訴訟指揮權以前，即逕將後訴訟，以其違反重複起訴禁止之規定為由，予以駁回（第二四九條第一項第七款）。

(b)客觀合併型態有無重整之必要？

如上所述，上開新法之規定，係要求法院應尊重原告有關如何特定、表明訴訟標的之程序處分權、程序選擇權，為此負有以表明法律見解為內容之闡明義務，應經由闡明賦予原告機會，俾其用以敘明或補充其所未明確主張之法律關係。由於此項規定係以保護當事人之程序利益為目的，所以在原告之程序處分權行使係為追求值得保護之程序利益時，其行使之結果原則上應受尊重。例如，就上開(a)所舉第三場合之情形而言，原告獲法院賦予上開機會後，表明無意主張其原未主張之法律關係（a 或 b 請求權）時，法院固應予以尊重，而不得將該法律關係併入於審判之對象範圍內；此外，如原告為追求值得保護之程序利益，乃行使程序處分權，表明有意合併主張該法律關係，並就複數請求權排列審理之順序時，其所為客觀合併型態之表明，亦應受尊重。此亦為適用處分權主義，使其發揮保護程序利益之機能所導致結果。因此，在原告主張競合複數請求權之情形，如有值得保護之程序利益存在時，原告得行使程序處分權而表明為預備合併、選擇合併或競合合併<sup>91</sup>。

基上認知，在民訴法未設其他規定限制客觀合併型態之狀況

及公益維護層面上訴訟經濟，請參照筆者在民事訴訟法研究會第五十三次研討會之闡述〔「民訴研討(四)」(見註 6) 四一四頁以下。

91 關於此類合併型態之意義及內容，請參照筆者在民事訴訟法研究會第二十九次及第四十九次研討會之闡述〔載於「民訴研討(三)」(見註 6) 二九五頁以下；「民訴研討(四)」六七頁以下〕；邱聯恭「司法現代化」(見註 7) 一三七頁以下。

下（在第二四八條之規定未為限制之範圍內），今後之訴訟法學亦應依上開新法之意旨，基於程序利益保護原則，重新探討：向來認為就相排斥之二請求始得提起預備合併之訴云云之見解或審判實務，是否違反程序利益保護原則，而應有所修正？如有認為就原告在同一訴訟程序上主張之複數競合請求權，受訴法院得不問原告有無行使程序處分權（如何排列審理順序）之意思，而逕予以一概認屬競合合併、預備合併或選擇合併云云之見解，其是否忽略程序選擇權之法理及程序利益保護原則，而有此方面論據不足之缺憾？法院縱使基於原告程序處分權行使之結果，採用紛爭單位型訴訟標的依新訴訟標的理論為審理，是否亦應容許原告為追求值得保護之程序利益，得就複數請求權之主張為不真正（準）預備合併、選擇合併或競合合併？<sup>92</sup>

(c)訴之變更、追加應否依循程序利益保護原則？

為貫徹爭點集中審理主義之精神，受訴法院宜在本案審理之爭點整理階段，踐行上開新法所定曉諭程序。在此項曉諭程序係

92 有關此方面問題之探討，請參照註 91 所引用之文獻。

又，就請求權競合之事例，可否提起客觀預備或選擇合併之問題處理，向來日本之判例、實務多予容許，而德國之學說、判例亦有寬認預備合併之趨勢〔參照荒木隆男「訴の客観的予備的併合——西ドイツにおける学説の現状」(青山社会科学紀要第八卷第二号，一九八〇年)五五頁以下；大久保邦彦「請求の客観的予備的併合の適法要件」(神戸学院法学第二六卷第一号，一九九六年)一二二頁以下；加藤良夫=増田聖子「実践医療過誤訴訟(二〇〇四年)一四二頁」]。問題是，其容許論未認知尋求論據於程序利益保護原則之必要者，有無法理依據論上缺憾？如其所謂訴訟經濟之要求既被引為容許論，亦被引為消極否定論之依據，則有無必要改為亦尋求其法理依據於程序利益保護原則？此原則是否不應常退讓於公益維護層面上訴訟經濟之要求？

於訴狀送達後踐行之情形，上述(b)所論有關客觀合併型態之問題處理，尚涉及如何就訴之變更、追加所須具備要件（第二五五條之規定內容）為解釋、運用之事項，有待探討。此即涉及上開曉諭程序（第一九九條之一之規定）與訴變更、追加之要件審理（第二五五條之規定）等二者間有何關係之解釋論上問題。

一般而言，在上述(a)及(b)所舉第三場合，原告所陳廣義原因事實（涵蓋 a、b 及 c 請求權所涉原因事實在內之較大範圍事實），係成為法院依法（第一九九條之一第一項）行曉諭（闡明）即審理之對象事實。於此，該原因事實通常可被評價為該當於「請求之基礎事實」（第二五五條第一項第二款所定者），所以原告據該事實回應法官曉諭所為請求權（a 或 b 請求權）之補充主張，縱使在法院依舊訴訟標的理論為審理之情形，亦應認為該當具備變更、追加訴之要件。因為，新法增設上開曉諭程序之同時，亦增訂第二五五條第一項第二款規定請求之基礎事實同一時，原告得為訴之變更、追加。此規定係基於訴訟法上觀點，亦為貫徹紛爭解決一次性及訴訟經濟等要求而設<sup>93</sup>，是與上開曉諭程序之增設理由相同。並且，由於要否為訴之變更、追加，係取決於原告是否有意為追求程序利益（因求為合併審判時所可能獲致之勞費節省）而行使其源自處分權主義之程序處分權，尚非法院可予以強求，所以上述訴訟經濟所具有之第一層次意義，應係指歸屬當事人享有之程序利益而言，而非僅意謂公益維護層面上訴訟經濟，是亦與新法增設上開曉諭程序時所本之立法意旨相同。因此，通常所謂「原因事實」（第二四四條第一項第二款所

定者）或「事實」（第一九九條之一第一項及第二六六條第一項第一款所定者）固與所謂「基礎事實」（第二四七條第一項或第二五五條第一項第二款所定者）係互不盡同之概念，而應依各該相關規定所認制度之機能、目的相互有何差異，分別加以界定其含義及適用要件。可是，就上述所舉第三場合而言，其用以特定訴訟標的及行曉諭程序之「原因事實」係成為審理之基礎資料，而同時該當於法律就容許變更、追加訴時所定「基礎事實」，此時，就 c 請求權為訴訟上請求所據基礎事實與就 a 及 b 請求權為訴訟上請求（變更、追加訴之表明）時所據基礎事實係屬同一。

要之，通常某原因事實是否該當於法律就容許訴變更、追加時所定「基礎事實」一事，係應視個別事件之訴訟程序上所呈事實主張及審理狀況而定之事項，非可從程序外客觀實體法上原因事實或社會生活上紛爭狀態予以一概而論。所以不宜認為，在本案審理程序上所謂請求（指訴訟上請求，非指實體法上請求權）之基礎事實即指原因事實或社會生活上紛爭事實。亦即，所謂請求之基礎事實同一係指：據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料為同一。通常，此類資料係依處分權主義、辯論主義或經由闡明權行使而被呈現於本案審理程序上，所以其不當然涵蓋未經如此呈現以前存在於訴訟程序外之實體法上原因事實或社會生活上紛爭事實。例如，在原告起訴主張之原因事實僅涉及有關 c 請求權（該當於發生票款債權之發票事實，即最小圈之狹義原因事實），而被告亦僅提出有關該原因事實及該請求權本身存否之主張（如：否認該發票事實或主張該請求權罹於票據法第二二條所定消滅時效之抗辯），並未涉及該當於發生 a 及 b 等其他請求權（有關原因債權關係存否之原因事實）時，該原告所主張之狹義

93 參照邱聯恭「方法論序」（見註 2）六六頁內註 11 之說明；前揭「集中審理研討會」（見註 87）二四一頁。

原因事實，就有關 a 或 b 請求權之訴訟上請求（變更、追加新訴之請求）而言，尚非即上開意義之基礎事實，是與原告起訴主張者係廣義原因事實（除涉及 c 請求權外，亦同時有關 a 及 b 請求權之原因事實）之情形有異。可是，如該被告提出原因債權關係之抗辯，以致原告併就有關該原因關係存否之事實為主張，兩造就此為攻防而事實群已然擴大至最大圈之廣義原因事實時，則此原因事實在本案審理程序上可謂該當於上開意義之基礎事實（適用第二五五條第一項第二款之規定），且亦可能適用同條項第七款之規定為處理。<sup>94</sup> 又，在被告主張另一獨立之原因事實及其該當發生之債權（主動債權）為抵銷抗辯時，此事實於社會生活上雖與原告據以請求（舊訴）之債權（受動債權）發生事實非必有關連，但如原告以此債權為訴訟標的而追加提起消極確認訴訟（新訴），則對此新訴而言，該獨立之原因事實可認為該當於上開意義之基礎事實。因此，訴訟外社會生活上紛爭事實或客觀實體法上原因事實，既不應被認為恒即屬上開意義之基礎事實，其互不相關連者亦不應被認為，均不可能被呈現於舊訴之審理程序上而該當於該基礎事實。

基上認知，不應將第二五五條第一項第二款所定請求之基礎事實，理解為紛爭本身之事實關係或與原因事實同一的社會事實，或社會生活上同一或關連之紛爭事實。因此，宜探討：竟然如此理解者<sup>95</sup>，是否應被批評為，其未能充分貫徹新法（第一九

94 其他相關事例之解析，請見筆者在民事訴訟法研究會第二十四次研討會之說明〔「民訴研討(二)」(見註 6)五七八至五七九頁〕。

95 對於此類見解，亦從本文所示訴訟法上觀點予以論評者有：許士宦「請求之基礎事實、原因事實與訴之變更、追加——最高法院九十年台上字第一六號民事判決及九十年台抗字第二號民事裁定評釋」（台灣本土法學雜誌第三三期，二〇〇二年）三一頁以下。

九之一第一項及第二五五條第一項第二款）從訴訟法上觀點（非侷限或受制約於實體法上觀點）所一貫宣明，應保護當事人之程序利益、謀求訴訟經濟之旨趣？是否不宜將規定內容、旨趣及修法之理論背景均與我國不盡同之他國法制下學說，原樣沿用於我國？應否併留意我國此方面相關新法所具獨特性？為符合該項意旨（加重闡明義務以防止突襲、保護程序利益、尊重程序處分權及程序選擇權之意旨），在上述範圍內，向來採舊訴訟標的理論而認為法院不得闡明使為訴之變更、追加之見解，以及採新訴訟標的理論卻認為法院不得就攻擊防禦方法之提出為積極闡明之見解，均值得重新商榷。又，此方面之闡明，宜儘可能取向於使追加為客觀合併（如：預備或準預備合併），而非貿然使採變更訴訟標的之方式，以免新訴遭駁回時又另開程序提起後訴而伴生程序上不利益。<sup>96</sup>

(d)法律見解表明義務如何充足既判力發生之正當化基礎？

法院（審判長）依新法所負上開法律見解表明義務，固可認為屬廣義的闡明義務之一環。可是，於此，新法係以承認當事人（原告）有程序選擇權、程序處分權為前提，要求法院協助原告取得更充之資訊（可資為權利定性、法律適用上評價者），用以選擇、特定、表明訴訟標的，而平衡兼顧、追求程序利益及系爭實體利益，所以該法律見解表明義務係被要求達成特別之目的，具有獨自之機能，亦不妨列為一項獨立之義務型態。其機能之發揮，係如下述彰顯於程序進行之終局面上，充足既判力發生之正當化基礎，而導至其客觀範圍之相對化。

96 此方面之問題狀況，曾顯現於筆者在民事訴訟法研究會第八十三次研討會為論文報告後之共同研討中〔載於法學叢刊第一九二期（二〇〇三年）二〇三頁即「民訴研討(四)」一〇二頁〕。

亦即，以上開(a)所述第三場合為例而言，如法院在未盡上開法律見解表明義務之狀態下，逕以該廣義原因事實所示紛爭事實（涵蓋 a、b 及 c 請求權所涉者）為準特定訴訟標的，作成 c 請求權不存在而駁回原告之訴之本案判決，終告確定時，此項判決（前判決）之既判力應不及於 a 及 b 請求權，所以接受前判決之原告仍得基於 a 或 b 請求權提起後訴訟。因為，關於此二請求權之存否，在前判決之程序上，由於法院未盡上開義務之故，難謂已對當事人賦予應有之程序權保障，且原告亦未明確表示其有意以上開廣義原因事實為準特定前訴訟之訴訟標的（未明示擇定紛爭單位型訴訟標的），無從認為已具有使前判決之既判力客觀範圍及於該二請求權之正當化基礎。當然，在前判決尚未確定前，當事人仍可依有關上訴之規定，主張下級審法院違反明認上開義務之規定（第一九九條第一項）而提起上訴，此乃另一問題。

不過，在原告基於程序處分權，於起訴時自發或於程序過程回應法官之闡明，已經明確表示擇定紛爭單位型訴訟標的時，縱使其受訴法院在本案審理過程有就 a 及 b 請求權之主張可能性未盡法律見解表明義務之情事，對於其義務違反，受不利判決（駁回原告訴訟上請求之判決）之原告，僅得依上訴或再審程序請求救濟。亦即，如該判決已告確定，既判力之客觀範圍應以上開紛爭單位型訴訟標的為準定之，而將有關 a 及 b 請求權之主張併予遮斷。此項效力之承認係出於原告行使程序處分權之結果，乃其依伴附於處分權主義之自己責任原則所應自行承負者。<sup>97</sup>從而，向來未意識探討此方面問題之論者（如：僅立足於實體法上觀點

構成訴訟標的之舊訴訟標的理論贊同者、過度偏重於從公益維護層面上訴訟經濟或紛爭解決一次性等要求以構成訴訟標的之新訴訟標的理論支持者），尚有省思各自論點是否欠缺周延性之必要。與上述情形不同，在原告提起前訴訟時雖僅將 c 請求權特定為訴訟標的（以涉及 c 請求權之狹義原因事實或上開廣義原因事實所特定者），但經法院據本案審理過程所呈事實群，就是否主張 a 及 b 請求權為闡明（表明法律見解）後，原告卻未回應表明予以主張之情形，對於此項未表明主張或回應表明不予主張之舉動、態度，可於後訴訟（有關主張 a 或 b 請求之訴訟），由當事人依辯論主義主張事實、提出證據，由法院予以審認前訴訟為闡明當時之個別具體狀況，適用權利失效之法理加以回顧性評價（就後訴訟之提起，亦可能以其欠缺訴之利益或該當於訴權濫用為由，依第二四九條第一項第六款予以裁定駁回）。於是，前訴訟法院駁回原告訴訟上請求之確定判決所具既判力，並不當然及於 a 及 b 請求權。

要之，綜上析述，法院依新法克盡法律見解表明義務，將使當事人之行為責任具體化，而落實程序權保障之要求，充足既判力發生或權利失效之正當化基礎。基此認識，今後宜取向於探討：上開觀點是否亦可據以檢視，向來之訴訟標的理論有無尚待彌補之缺憾？<sup>98</sup>此項觀點，今後是否應成為有關既判力客觀範圍如何界定之立論基礎？

## (2)起訴機會在確認利益判定過程之保障

為防止發生促進訴訟的突襲，保護程序利益，並擴大訴訟制度解決紛爭之功能，新法就有無確認利益之判斷，亦要求法院應

<sup>97</sup> 相關闡述，請參照邱聯恭「債權主張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」（同，爭點整理方法論，台大法學叢書 130，二〇〇一年）四〇六至四〇七頁。

<sup>98</sup> 請見註 89。

修正向來之態度而改依寬容起訴之觀點從事，並為相應之闡明。亦即，新法一方面修正舊法，承認法律關係本身及其基礎事實均有受權利保護之資格，各得成為確認之對象（第二四七條第一項），藉此使其得否之判斷被吸收於有無確認利益之判斷中，而不復仍將確認之對象（訴訟標的）限定於法律關係成立或不成立；一方面增訂明文，要求法院於認為原告可能改提他訴訟解決紛爭，以致所提確認該基礎事實存否之訴欠缺確認利益時，如該他訴訟得利用原告所已開同一訴訟程序提起，則應予以闡明，以使原告有變更或追加訴之機會（同條於第二項、第三項）。此種立法走向，係指向於擴大訴訟制度解決紛爭之功能，而促使確認訴訟及確認判決發揮其所具徹底、根本或全面性解決紛爭、預防紛爭發生或避免紛爭擴大等機能<sup>99</sup>。

關於此項立法目的之設定，在上開法律之研修過程曾被強調：在今日社會，應否從寬容許確認之訴之提起，係牽涉訴之利益之基本問題。本來，人民發生紛爭需要解決或可能發生紛爭想去預防，國家應盡量給予利用訴訟制度之機會，否則人民的紛爭將無法解決，且其今後的生活將無從規劃（例如，從事產品製造者不知是否有權利生產某種產品）。當人民需求預知「法」之所在，而國家尚來不及制定法律或認為尚無需純為此制定法律明文時，即宜讓人民利用訴訟制度以預防或解決紛爭，或避免紛爭擴大。從此而言，訴之利益之有無乃一不確定概念，通常需要考慮到三個觀點：其一是，原告利用訴訟制度以規劃生活、預測「法」所在之必要性如何？其二是，被告應訴之麻煩為何？其三是，全國納稅人之利益如何維護、司法資源應如何合理分配？此

三方面的利益考量，係應依個案判斷，所以到底有無確認利益，通常委由法官行使裁量權為判定。隨著今後社會生活益趨於複雜化，人民往往有需先知道「法」為何才從事社會活動或交易行為，為此應盡量從寬讓人民有使用訴訟制度以尋求「法」所在的可能性。縱然就非現存的法律關係，而是今後可能存在者，似非全不可提起確認之訴。例如，某工廠所要製造的產品是否違反有關專利權、商標權等的契約，將來有無生產某種產品的權利，在當事人間可能會產生紛爭，如果等到產品已經製成，則紛爭往往已經發生。如能避免此種紛爭，則既可減輕法官負擔，亦可使廠商不必冒先投下一筆可觀資本而受損的風險。從此角度觀之，甚至可承認辯論終結時之權利存否或此後之權利存否，亦得成為確認之對象；而法律行為有效無效的確認，如果對紛爭之預防或解決有所助益，亦可成為確認之對象。

從上開有關立法意旨之闡述，可知新法就有無確認利益之判斷，係亦以有無值得或應受保護之法利益為標準，已然較諸舊法更明顯指向於重視程序利益（含系爭實體利益以外之利益、價值）之保護，而非若向來判例或部分論者所持觀點般認為：為除去現在之法律關係即實體利益（原告主張之私法上地位）所面臨之危險或不安狀態，有遂行訴訟以請求下本案判決之利益或必要時，始肯定確認利益（有受確認判決之法律上利益）；事實問題、已過去或將來應發生之法律關係，則不得為確認之訴之標的云云<sup>100</sup>。因為，依上開新法之規定，在訴請法院下確認判決之原

<sup>99</sup> 參照「修正彙編」（見註1）一八四頁以下。

<sup>100</sup> 表明採此項觀點之判例有如：最高法院二十七年上字第三一六號、二十九年上字第四七三號、二十九年上字第九七九號、四十年台上字第一八二七號、四十二年台上字第一〇三一號、四十九年台上字第一八一三號、五十一年台上字第二三〇七號、五十二年台上字第一二四〇號及五十二年台上字第一九二二號。

告，就其起訴所開程序之利用有類如下述之程序利益時，亦可能被肯定有確認利益。亦即此類程序利益係存在於：就某法律關係基礎事實存否（如：某和解契約為有效或無效、某遺囑為有效或無效）為確認判決，將可防免另起訴就其所派生相關權利義務逐一求為判決以致造成程序上不利益（如：不必要之勞費付出或因難能預測「法」所在以致無從規劃生活時所生不利益）時；就他訴訟之提起，容許原告利用其起訴所已開同一程序為之者，較諸令其另行利用重新再開之他一程序者，更能避免導致程序上不利益時。其實，筆者前曾指明：為貫徹法治國家之理念，應重視司法裁判所具「法」探尋機能、擴充人民提訴請求法院宣明「法」所在（社會生活準則）之管道。為此，關於有無訴之利益之判斷，亦應取決於訴訟法上觀點（有無程序利益值得受保護之觀點），而不宜僅立足於實體法上觀點從事。<sup>101</sup>此項論點，既與上開新法走向相迎合，似宜循以探討上開新法規定之解釋、適用所涉問題。屬於此方面之問題有如下述，宜作為今後研究之課業。

(a)未經實體法上定性之債權是否亦得為確認對象？

上開修正後之新規定，既容許原告以法律關係基礎事實作為

確認之標的，且未要求原告必先自行為實體法上定性後，始得以某法律關係（權利或義務）作為確認之標的。因此，既不應稱呼訴訟上請求（訴訟標的、訴之聲明）為訴訟上請求權，亦不宜一律將前者與實體法上請求權等同視（不宜將確認之訴之訴訟標的限定於實體法上請求權）。而且，在有值得保護之法利益（程序利益或實體利益）時，原告亦得聲明以其尚未施加實體法上定性之法律關係作為請求判決確認之訴訟標的，而可受肯定有確認利益。從此角度而言，應認為該當於此之情形為何，乃今後之研究或判例法形成之課題。

例如，縱使在客觀實體法規範上屬請求權競合之事例，被Y指為債務人之原告X，於其對Y提起消極確認之訴（聲明求為判決確認債務不存在）時，得表明被指為發生複數競合請求權（A請求權及B請求權）之基礎事實（如上述「(二)2(1)」所例示之廣義原因事實、紛爭事實）而請求判決確認債務（下稱「未定性債務」）不存在，並不須先就該債務為實體法上定性（不須表明確認之標的為A請求權或B請求權之何者）。因為，在此情形，倘要求X必須以其所定性之A請求權為確認之標的，則不論X獲勝訴或敗訴之判決，於此消極確認之訴經判決確定後，就B請求權之存否或如何實現，紛爭當事人X、Y間仍有引發新訴為公爭以致蒙受程序上不利益（因就B請求權再燃公爭所生勞費付出）之虞，而不足以徹底解決紛爭（未能貫徹擴大訴訟制度解決紛爭功能、訴訟經濟等要求），是不符上開立法意旨。從而，在X對Y表明上開基礎事實而就A請求權提起消極確認訴訟之情形，為貫徹該立法意旨並發揮處分權主義之機能（平衡保護程序利益之機能）<sup>102</sup>，受訴法官應為闡明（第一九九條之一、第二四七條第三項），以使X有變更或追加聲明求為判決確認上開不定性債務不

<sup>101</sup> 參照「司法現代化」（見註7）一〇八頁以下；「民訴研討四」（見註6）四四六頁以下。其他之相關理論上發展，請參照井上治典＝伊藤 真＝佐上善和・これからの民事訴訟法（一九八四年）九六頁以下；山本和彦「民事訴訟における法的利益保護——法的利益を中心とした民事訴訟法理論の再構成に向けた覚書——」（一橋論叢一七卷一號，一九九七年）七四頁以下；松尾卓憲「民事訴訟における被告の応訴義務(一)——訴えの利益の概念と機能再考序説」（九大法學六一號，一九九〇年）三頁以下；松尾卓憲「確認の利益」（ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点第3版，一九九八年）一二七頁；同・「訴えの利益の概念と機能再考」（民事訴訟雜誌四三號，一九九七年）二三八頁以下。

存在之機會；或使Y有就B請求權提起反訴之機會。對於此項闡明，如X未為相當之回應，而仍在表明上開基礎事實之狀態下僅以A請求權為確認之標的時，則於其可能增添Y應訴之煩（程序上不利）且浪費司法資源之範圍內，似難認為X所提該確認之訴有確認利益。

又如，在Y指稱其所有之K地遭X無權占有，而再三央人要求其返還該地，以致發生紛爭之情形<sup>103</sup>，倘為除去此項私法上地位之不安，X雖認為在客觀實體法上其應有租賃權，卻難證明其與Y間曾有按月支付一定租金予Y之約定事實（*c<sub>i</sub>*事實），於是起訴列Y為被告，主張Y曾於某日有同意X使用K地一定期間後始予返還之事實（*c<sub>s</sub>*事實）及X、Y間所約定該期間尚未屆滿之事實（*c<sub>s</sub>*事實），而聲明求為判決「確認X就K地對Y之使用權存在」，並未予以定性為租賃關係或使用借貸關係而求為判決。於此情形，為保護程序利益（因*c<sub>i</sub>*事實之證明所需勞費付出之節省）、更徹底解決紛爭而防免紛爭擴大（使Y在上開期間內不對X主張K地返還請求權而防免Y據此起訴致生程序上不經濟），以貫徹上開新法之意旨，應肯定X所提該確認之訴有確認利益。抑且，縱使受訴法院認為該訴欠缺確認利益，而應由X自為實體法上定性並聲明求為判決「確認X就K地對Y之租賃權存在」始可，亦應為闡明以賦予X有利用同一訴訟程序為此項聲明之機會，藉此防止發生促進訴訟的突襲，而保護程序利益。屬於此類利益者有如：不必另行起訴所可節省之勞費付出；因利用該訴訟

程序就租賃權存在獲得確認判決時所將導致，不需於租金給付請求事件等類相關後訴訟，就同一爭點（X有無租賃權）為重複審理而可能節省之勞費付出。

綜上析述可知，新法擴大利用確認訴訟制度之可能範圍，係以保障起訴機會為指向，為此要求法院依個案情節為有無確認利益之判定。從而，今後應取向於研究：為儘可能確保紛爭當事人對於法之預測可能性，該項判定之標準應如何更具體定立？其相關判例法應如何具體形成？

(b)如何重新評估相關判例之妥當性？

循上所論，今後亦應探討：向來最高法院判例就有無確認利益及確認訴訟之標的為何所示判旨，自上開新法施行後，是否尚具妥當性？有何應修正之處？應如何重新評估其射程距離或適用範圍？

亦即，①就最高法院所示「確認法律關係成立或不成立之訴，以確認現在之法律關係為限，如已過去或將來應發生之法律關係，則不得為此訴之標的。」之判旨<sup>104</sup>而言，應探討：以法律關係為確認之標的時，是否已不應侷限於求為判決確認其成立或不成立？關於已過去或將來應發生之法律關係是否絕不容成為確認之標的？其得否成為確認標的如何判斷之問題，是否已被吸收於有無確認利益之判定過程？②就同院所示「確認之訴，以請求或其他法律關係為標的，……」<sup>105</sup>及「所謂即受確認判決之法律上利益，須因法律關係之存否不明確，……」<sup>106</sup>等判旨而言，

102 參照「司法現代化」（見註7）一三六頁以下；「機能演變」（見註2）八五頁以下；「民訴研討(4)」（見註6）一七八頁以下。

103 參照「司法現代化」（見註7）二四三頁內之說明及本書所附相關圖表圖表一所示事件類型(1)、圖表三。

104 四十九年台上字第一八一三號判例。

105 四十五年台上字第一七八七號判例

106 二十七年上字第三一六號、二十九年上字第四七三號、四十年台上字第一八二七號、四十二年台上字第一〇三一號、五十二年台上字第一二四〇號及同年字第一九二二號等判例。

應探討：其中所謂法律關係，是否不必限於經原告為實體法上定性者？其中所謂法律上利益之概念，是否應被涵蓋於「值得或應受保護之法利益」之概念內？後者是否應具有較前者更廣之意涵，而兼含應受保護之程序利益在內？③就同院所示「……合夥債權人對於合夥人提起確認合夥關係存在之訴，以合夥財產不足清償合夥債務時，始能謂其有即受確認判決之法律上利益。」之判旨<sup>107</sup>而言，應探討：確認合夥關係存在之訴有無確認利益之判定，是否不應僅取決於合夥財產不足清償合夥債務一事？在當事人就該項法律關係存在獲得確認判決，對於程序利益之保護、紛爭之徹底解決、防止發生或擴大（如：就合夥人如何履行合夥債務一事，在合夥債權人與合夥人或合夥團體之間，進行交涉談判、協議或調解），係屬必要時，難道亦不容肯定該項確認之訴有確認利益？縱使該訴之法院認為其欠缺確認利益，是否亦應為相當之闡明（第二四七條第三項），以使當事人有利利用同一訴訟程序為訴之變更或追加之機會（例如：變更或追加為請求判決：某合夥應償付某元債務，如其財產不足以清償時，應由某等合夥人連帶清償），藉以防止發生促進訴訟的突襲，而保護程序利益（因不需另行提起上開給付之訴時所導致之勞費節省）？

(c)確認親子關係不存在訴訟之容許性如何繫於確認利益之判斷？

親子關係亦為法律關係之一種，縱使在第二四七條之規定尚未經上開修正以前（舊法時代），亦應可成為確認訴訟之標的，至於如何由受訴法院就其確認利益之有無依個別案情為具體之判定，乃屬另一問題。不過，依上開新法保障起訴機會之立法意

旨，關於有無該項確認利益之裁量權行使，法院係被期待採取更寬容之態度；並且，受訴法院縱使認為原告所提確認之訴係以事實（血緣）關係為標的，非以法律關係（親子關係）為標的，所以其起訴為不合法，亦應為闡明以使原告有利用同一訴訟程序而改變聲明之機會（第二四七條第三項）。例如：在甲夫與乙妻婚姻關係存續中，乙生產丙之情形，如甲（或丙）起訴求為判決確認「丙之生母乙非自甲受胎（或丙非因乙與甲之性關係所產生）」或「甲與丙間之血緣關係不存在」時，認為其訴係以事實為確認標的之受訴法院，應為闡明以使原告有機會改為聲明請求判決「確認甲與丙間之親子關係不存在」。此項闡明係為防止發生促進訴訟的突襲所必要，縱使新法未增訂第二四七條第三項之規定，亦所應然。循此而論，今後應探討：此方面之相關裁判先例<sup>108</sup>有無可議之處？相關論述<sup>109</sup>是否盡符上開新法之意旨？是否尚值商榷？亦即，為充分發揮新法所認上開確認訴訟之應有機能，宜將研究關心亦朝向於下列事項，並探討其相關問題。

①在確認訴訟，確認利益係訴訟要件之一，關於其有無欠缺之判斷標準，係不必盡同於有關本案之訴訟上請求（訴訟標的及訴之聲明）有無理由之判斷標準。前者係從訴訟法上觀點，依民

108 屬於此類之裁判先例有如：最高法院二十三年度上字第三四七三號判例、二十三年度上字第三九七三號判例、四十八年台上字第九四六號判例、八十三年度台上字第一七八七號判決、九十年度台上字第七六〇號判決、九十一年度台上字第一二二二號判決、九十二年度台上字第一六四三號判決。

109 此方面之相關論述有如：李木貴「否認子女之訴與確認親子關係不存在之訴——最高法院九十二年度台上字第一六四三號判決解釋論之批判」（月旦法學雜誌第一一〇期，二〇〇四年）一八六頁以下；魏大曉「親子關係存否之實體規範及其確認之訴」（台灣本土法學第六二期，二〇〇四年）一頁以下。

107 五十一年台上字第二三〇七號判例。

事訴訟法之規定（第二四七條）及其所認法理，委由法院於審理起訴合法要件是否具備時為判定（併參照第二四九條第一項第六款、第三八三條第二項）；可是，後者屬實體法規範，應準以經由本案審理為本案實體判斷即本案判決（參照第三八一條）。因此，在確認訴訟之審理程序上，宜認知：有無確認利益之判斷所需基礎事實（下稱確認利益該當事實）係與本案實體判斷所需基礎事實（參照第二六六條第一項第一款）互不盡同；縱使在原告係依第二四七條第一項後段規定以法律關係基礎事實為確認標之情形，該項成為確認標之基礎事實，亦非必即等同於確認利益該當事實；又，縱使此二項事實之範圍或許亦可能有部分重疊或競合之情形，為避免將訴訟要件之審理程序與本案審理程序混為一談以致喪失設定該訴訟要件之機能（過濾或防免提起不必要訴訟、抑制進行無實益之本案審理等作用），仍須留意區分該二項事實之概念上不同。<sup>110</sup>

循此而論，在原告即前舉事例之甲或丙起訴請求判決確認親子關係不存在之情形，假設客觀上存在有起訴時甲、乙間婚姻關係已破綻而離婚之事實（A事實）；乙實際上已經另與丙之生父丁再婚或過同居生活，且為親友所周知之事實（B事實）；丙實際上已遠離甲且不相交往，而與生母乙長期間同住並受其扶養照

顧之事實（C事實）；甲或丙另有他事件（如：遺產分割請求事件）涉訟或進行調解等裁判外紛爭處理程序，就其前提問題（如：有無繼承權繫於甲、丙間親子關係存否之問題）爭執不休之事實（D事實）；甲或乙有需將二人間為父子之戶籍登記予以更正，以維持生活正常之事實（E事實）；甲、丙間為確知二人間法律上有無親子關係（為請求法院提示「法」之所在）乃成立訴請法院判決予以確認之合意（F事實）等類事實。此際，宜探討：為貫徹新法之意旨，促使確認訴訟發揮前述諸機能，是否宜僅以A、B……F等事實之一部分（其中一項或二項事實）為確認利益該當事實即足？如認為繫於此類事實之利益（如：在甲、乙間之婚姻關係破綻後所重新形成或建立之乙、丙、丁間和諧生活上利益，但非屬直接繫於系爭實體法上地位即甲、丙間親子關係存否之利益）亦屬值得保護之法利益，則為排除此項利益所面臨之不安或危險，是否宜肯定有確認利益？如此肯定，是否較諸併將類如下列G、H、I等事實之一項或其全部列為確認利益該當事實之情形，更符合新法保障起訴機會（擴大使用訴訟制度之管道）之旨趣？亦即，屬於此類之事實有如：外觀說所謂丙受胎期間內在外觀上顯然有甲、乙間未曾同居生活之事實（G事實，如：甲失蹤、受徵召服兵役、在監受刑或居留國外等類事實）；實質說所謂經個別具體審理（證據調查）之結果，在科學上、客觀上證明甲、丙間自然的父子關係為不存在之事實（H事實）；或折衷說所謂除上開G事實外，尚包含甲不具生殖能力或甲、丙間血型相背馳等類事實（I事實）。<sup>111</sup>為此，宜同時探討：宜否

<sup>110</sup> 當然，為防止發生突襲性裁判、貫徹程序權保障之要求，在有關確認利益該當事實存否（確認利益有無欠缺）之審理、判定程序，亦應適時為必要之闡明（第二四七條第三項），賦予當事人有陳述意見或辯論之機會〔參照「司法現代化」（見註7）一二三頁〕，並應在有關本案實體判斷所需基礎事實之審理過程，依第六七條之一之規定對利害關係人為職權通知，以賦予事前的程序保障（參照本文「貳、二、（一）」）。例如，在上舉事例，就甲、丙間父子關係不存在確認訴訟之審理，通知生母乙參與訴訟程序。

<sup>111</sup> 日本之判例學說就民法上被推定為婚生子女者，承認有得排除該推定之情形，而關於該推定所不及之子女範圍（在夫妻間存有何種情事或

將G事實、H事實或I事實認屬有關本案實體判斷所需基礎事實？是否應認為此類事實雖亦多可成為確認利益該當事實，卻非屬此項訴訟要件之審理、判定所必須主張、證明或不可欠缺者？民法第一〇六三條之規定對於確認父子關係不存在之訴，是否不應成為否定其確認利益之決定性論據？經由G事實、H事實或I事實之證明所確定之真實<sup>112</sup>，是否不應全面退讓於家庭和諧或夫

狀況時可排除該推定），如何依確認親子關係不存在之訴予以確定（不必利用否認婚生子女之訴）一事，向來存有外觀說、實質說（血緣說）及折衷說（中間說、家庭破綻說）。其中，就何種情形得提起確認親子關係不存在之訴，外觀說認為：民法就否認婚生子女之訴，特限定否認權人及提訴期間之理由，係為經由身分關係之儘早確定以謀求保護子女之利益、家庭之平和及夫妻間之隱私，所以限於有G事實之情形始得提起該項確認之訴（不必受限制於提起否認婚生子女之訴），藉以儘可能不破壞家庭之平和或暴露夫妻間隱私云云。又，實質說認為：如有H事實，亦得提起該項確認之訴，而不必限於有G事實之情形。至於折衷說則認為：為謀求調和、兼顧家庭平和、夫妻間隱私之保護，與繫於父子間自然真實關係之關係人間利益，在有I事實時，亦可提起該項確認之訴。關於此方面學說及相關論述，請參照梶村太市「血液型背馳等により父子関係の不存在が証明され、かつ、家庭の平穏が破壊されているような場合には、嫡出推定が排除されるとされた事例」（判例タイムズ八八二号，一九九五年）一四六頁；水野紀子「嫡出推定の及ぶ子について、嫡出否認の訴えによることなく、親子関係不存在確認の訴えにより父子関係を否定した事例」（判例時報一五二一号，一九九五年）二一一頁；高梨俊一「DNA鑑定による親子関係推定とその限界」（日本法学六五卷四号，二〇〇〇年）一二七頁以下；石原直樹「嫡出否認か親子関係不存在確認か」（村重慶一編・裁判実務大系25人事争訟法，一九九五年）三六二頁以下。

112 日本之判決先例曾表示：為推翻婚生子女之推定，須依憑血液鑑定或DNA鑑定等類自然科學說上證明方法始可等旨。此項判旨被批評為：其係就證據方法為限定，是無異於承認法定證據主義，而違反民法採自由心證主義之原則；且在當事人或第三人不自願配合鑑定所需之

妻間隱私之保護（民法第一〇六三條就否認權及提訴期間為規定所要保護者）？此項應否退讓如何判定之事，是否應屬有關如何為本案實體判斷之問題事項，而非必與確認利益該當事實存否即訴訟要件有無欠缺之審理相關涉？此項問題之探討必要性，是否為向來之日本學說（外觀說、實質說及折衷說）所未充意識，且亦被介紹其說於我國之論者所忽略？此種態度，在有關確認利益之新法施行後之今日，是否更應有所修正，而不宜墨守不變？

②從解釋論而言，向來之裁判先例似亦應依上所論重新檢討其妥當性。因為，其既未充分意識上開問題，亦有未能認知親子關係亦得成為確認之標的者，甚至有將親子關係誤解為屬新法

身體檢查或採血時，將導致負舉證責任之當事人難為證明之事態，不符武器平等原則云云〔參照松本博之「民事証拠法の領域における武器対等の原則」〔竹下守夫編・講座民事訴訟法Ⅱ（一九九九年）一五頁；春日偉知郎「父子関係訴訟における証明問題と鑑定強制」（法曹時報四九卷二号，一九九七年）三一八頁〕。此項論述，從本文之觀點而言，實乃有關本案實體判斷所需基礎事實應如何證明之問題，尚不導致確認父子關係不存在之訴被否定有確認利益。不過，上開本案實體判斷所需基礎事實（血緣關係存在）之認定，應被要求何程度之蓋然性（其證明度應為高度或優越的蓋然性）一事，尚得依親子關係（身分關係）確認事件所具異於一般財產權訟爭事件之特性、需求予以設定，使前者所應到達之證明度高於後者所應到達者，以確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上真實。此種依事件類型所具特性、需求之不同，承認階段性證明度之可能及必要，係信賴真實主義及事件類型審理必要論〔參照邱聯恭「信賴真實」（見註7）一頁以下；同「類型審理」（見註10）六一頁以下；同「民事訴訟之目的」（見註16）一四七頁以下；同「回顧與展望」（見註3）二七九頁；同「程序選擇權之法理」（見註9）六七頁以下〕所主張、肯認者，不宜如日本論者般從訴訟制度目的論之權利保護說或客觀真實說予以解說（此類論者有如：松本博之・前掲二二頁）。因為，權利保護說及客觀真實說，既以客觀真實之確定為目的，而非立足於實體利益及程序利益平衡兼顧論，倘認為就照理應該僅有一個之客觀真實，尚可依事件類型為不同之劃分，似有立論欠缺一貫之缺憾。

（第二四七條第一項）所定基礎事實，而就原告所提確認親子關係不存在之訴，疏未審理、判定其有無確認利益之情形。又，從立法論而言，為避免續發有關親子關係得否為確認標的之爭議，並為貫徹新法寬認確認利益之意旨，宜考慮將親子關係亦有確認之對象適格予以明文化（於民事訴訟法或研修制定中之家事事件法）。因為，民法第一〇六三條既規定為「推定」且未同時明定為逾提訴期間後「視為」婚生子女，似難一概否認原告就確認親子關係不存在之訴亦可能有被肯定確認利益之情形。並且，在立法者有意將程序選擇權之法理亦貫徹於該類型事件之審理時，應可將上開F事實（兩造合意求法院確認親子關係存否之事實）定性為亦屬確認利益該當事實，藉以增多紛爭當事人尋求「法」所在以解決紛爭或預防其發生之機會，而防止發生促進訴訟的突襲。

## 參、論評訴訟審理結構之重整、程序機能之多樣化及程序參與主體之角色遞變

### 一、如何促使克盡協力義務、承負行為責任

#### （一）審理集中化措施如何落實之課題

##### 1. 強制性協力義務、行為責任之具體化

##### （1）訴訟促進方案之周邊問題

##### （a）立法旨趣及理論背景

鑑於舊法所採隨時提出（自由順序）主義及向來審判實務所慣行之分割審理方式，均多有缺失，且衍生弊害<sup>113</sup>，新法以促成

審理集中化，使其發揮應有之種種機能為目標<sup>114</sup>，改採適時提出主義及爭點集中審理主義<sup>115</sup>，並加重當事人所負協力迅速進行訴訟之義務即一般性訴訟促進義務及個別的訴訟促進義務<sup>116</sup>。此方面之相關規定甚多，諸如：要求當事人配合法院針對爭點集中調查證據並集中辯論（第二九六條之一、第二九八條第二項）；增設多種爭點整理程序，要求法院予以選用以致力於使當事人配合其為整理並協議簡化爭點（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款及第二項、第二七一條之一）<sup>117</sup>；要求法院就整理爭點之結果作成筆錄，並得使當事人提出該項結果摘要書狀

113 參照邱聯恭「民事訴訟審理方式之檢討」〔「民訴研討(一)」(見註6)〕(略稱「審理方式之檢討」)三四一頁以下；王甲乙「自由順序主義之檢討」〔「民訴研討(二)」(見註6)〕三三五頁以下；許士宦『「辯論兼和解」之審理方式』〔「民訴研討(四)」(見註6)〕四八七頁以下。

又，相關之立法理由謂：「按當事人於言詞辯論時，就攻擊或防禦方法之各種訴訟資料提出方式，有自由順序主義與法定順序主義之分。採自由順序主義者，當事人於事實審言詞辯論終結前，得隨時提出攻擊或防禦方法之各種訴訟資料，如此固可充分發揮辯論主義之功能，並使當事人不致因一時疏忽而發生失權之效果，然亦可能造成訴訟遲延，並使當事人生重二審程序而輕一審程序之觀念。我國現行民事訴訟對所採自由順序主義之限制較寬，就各種訴訟資料是否提出及何時提出，均由當事人自由決定，法院如認言詞辯論之準備尚未充足時，多於言詞辯論後始命當事人提出準備書狀，造成言詞辯論期日之浪費。」參照「修正彙編(四)」(見註1)一一七五頁以下。

114 參照前揭「審理方式之檢討」三四四頁以下；「基本課題」(見註5)二一〇頁以下。

115 參照「方法論序」(見註2)六頁以下；許士宦「逾時提出攻擊防禦方法之失權」(略稱「失權」)〔「民訴研討(四)」(見註6)〕二〇三頁。

116 參照「程序選擇權」(見註9)六六頁。

117 參照「方法論序」(見註2)三一頁以下。

（第二七一條、第二七一條之一、第二六八條之一第三項）；要求審判長除應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為完全之辯論、就事實及法律為充足之陳述（第一九九條之一）外，亦承認其得命當事人就特定事項詳為表明或聲明所用證據（為整理證據上爭點，第二六八條）；容許法院就訴訟程序上之中間爭點（如：就整理證據上爭點後所為證據取舍），得先為中間裁定（第三八三條第二項）。此外，有關一般性訴訟促進義務（當事人負有須於適當時期提出攻擊防禦方法之義務）之規定有：改採適時提出主義，要求當事人應依訴訟進行之程度，於適當時期提出攻擊防禦方法（第一九六條第一項）；於起訴時，原告應表明使訴訟標的得以特定之原因事實（第二四四條第一項第二款）；加重當事人相互間所負陳述義務，要求原告應陳明訴訟上請求所據事實之同時，當事人相互間各對於他造提出之事實、證據或其他主張，均應於適當時期為必要之陳述（第一九五條第二項、第二六六條、第二六七條）；當事人聲明證據時，應表明應證事實（第二八五條第一項）；證人有二人時，應一併聲明之（第二九八條第二項）；在當事人之一造難表明聲請提出之文書及其內容時，他造應為必要之協助（第三四二條第三項）；當事人或代理人不得故意爭執真正之文書為真正（第三五七條之一第一項）；提起第二審上訴時，應表明上訴理由及相關之事實、證據（第四四一條第一項第四款及第二項）。又，有關個別的訴訟促進義務（當事人負有須依法官所命或於其所定期間內提出攻擊防禦方法之義務）之規定有：當事人應依審判長之命，於其所定期間內，提出記載完全之準備書狀或答辯狀，或為必要之表明（第二六八條）；當事人就其未依法提出書狀或聲明證據之事，應依法院之命以書狀說明理由（第二六八條之二第一項）；當事人就其未於

審判長所定期間內提出第二審上訴理由書，應再依法院之命以書狀說明理由（第四四四條之一第四項）。同時，為落實上開有關訴訟促進義務之規定、貫徹促進訴訟之要求，新法另增修相關規定，強化失權之制裁（第一九六條第二項、第二六八條之二第二項、第二七六條、第四四四條之一第五項、第四四七條）。

上開諸規定係以爭點集中審理主義之貫徹為主軸，而與其他有關充實事證蒐集制度之規定（如：第三六八條、第三四四條、第三四八條、第三六七條之一等）相配套，可合稱為新法所採審理集中化措施或訴訟促進方案。其為採行此等措施所持立法理由之主要者是：「關於本案審理，實務上往往一面整理爭點，一面調查證據，容易造成無謂之調查及重複之訊問，致訴訟程序延滯。為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，並防止發生突襲性裁判，法院於調查證據前，應先將與該訴訟有關之爭點（包括未經或已經整理並協議簡化之事實上爭點、法律上爭點、與訴訟有關之各種證據上爭點、及其他攻擊防禦方法爭點）曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查，……為迅速發現真實，並達到審理集中化之目標，法院訊問證人及……當事人本人，應集中為之，……」<sup>118</sup>；「基於辯論主義，法院訊問證人，原則上應本於當事人之聲明為之，惟證人有二人以上時，如任由當事人分次聲明人證，法院將可能因無法決定證據之取舍，而為無謂之調查，致造成程序浪費；或因無法集中調查證據，致拖延訴訟。故為促使當事人善盡其協力迅速進行訴訟之義務，並貫徹適時提出主義之精神，以達

118 就第二九六條之一之增設所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一七三頁以下。

到審理集中化之目標，……明定證人有二人以上時，當事人應一併聲明之。」<sup>119</sup>；「……為防止訴訟延滯，……攻擊或防禦方法，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。」<sup>120</sup>；「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。」<sup>121</sup>；「為充分準備言詞辯論，達到審理集中化之目標，應命當事人將其所掌握之事實、證據及相關訴訟資料，儘可能於訴訟程序前階段提出，以便法官及當事人能於期日前瞭解案情並整理、確定及簡化爭點，進而試行和解，或集中調查證據，使言詞辯論集中而有效率，以期貫徹言詞審理主義及直接審理主義原則。爰增訂關於準備書狀及答辯狀應記載事項、記載方式及添具所用書證影本等規定，以促使當事人善盡其一般的協力迅速進行訴訟之義務。……為促進訴訟程序之進行及充實訴訟之審理，應使當事人於訴訟程序前階段即儘可能提出攻擊或防禦方法。」<sup>122</sup>；「……為使法院及當事人能於期日前為充分準備，達到審理集中化之目標，均應命當事人於一定期間內提出書狀及所用書證之影本，以促其善盡一般的協力迅速進行訴訟之義務

119 就第二九八條之增設所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一七五頁以下。

120 就第一九六條之修正所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一二一頁以下。

121 就第一九九條之修正所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一二三頁。

122 就第二六六條之增訂所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一六五頁。

……」<sup>123</sup>；「當事人所負之協力迅速進行訴訟之義務，一方面係基於當事人間之誠實信用原則，一方面則係基於對法院所負公法上之義務。故於當事人不依規定提出書狀或聲明證據，或雖提出書狀或聲明證據，而其記載不完全者，法院即得依對造之聲明或依職權命該當事人說明其理由。又當事人是否說明理由及其所說明之理由，均可能影響裁判之結果，為免日後發生爭議，應使負有說明義務之當事人以書狀為之，……」<sup>124</sup>；「民事訴訟所以設有準備程序，主要在為言詞辯論之進行預作適當妥善之準備，當事人於準備程序中未主張之事項，如於行言詞辯論時仍可再為主張，則準備程序將形同虛設。故為督促當事人善盡訴訟促進義務，對於當事人在準備程序未主張之事項，自應有失權之規定。……」<sup>125</sup>；「為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，及便於發現真實並整理爭點，以達到審理集中化之目標，應有擴大當事人提出文書義務範圍之必要。……」<sup>126</sup>；「訴訟制度係為實現社會正義而設，故不得任由當事人以不正當之方法拖延訴訟，甚至導致法院為不正確之事實認定，而浪費司法資源。故為促進當事人及代理人履行真實陳述義務，使訴訟迅速進行，對於當事人或代理人就真正之文書故意為爭執者，應予適當之處罰。」<sup>127</sup>；「為達

123 就第二六八條之二及第二六八條之修訂所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一七五頁以下。

124 就第二六八條之二之增訂所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一八二頁。

125 就第二七六條之修正所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一九八頁。

126 就第三四二條及第三四四條之修正所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一一九二頁以下。

127 增訂第三五七條之一時所持理由，參照「修正彙編(四)」(見註1)一二〇一頁。

到爭點整理及集中調查證據之目標，法院應儘可能於訴訟程序之前階段，及早掌握案情全貌，進而整理、確定及簡化爭點，以便擬定審理方針及調查證據之範圍。因當事人本人通常為最知悉紛爭事實之人，其陳述最有可能提供原始之案情資料，而有助於法官迅速發現真實。依現行民事訴訟法規定，……不得逕以當事人之陳述作為證據資料，實有礙法院發現真實及促進訴訟迅速進行，故為發揮當事人本人陳述之功能，爰增訂第五目之一當事人訊問。……就事實審理而言，因當事人本人通常為最知悉紛爭事實之人，故最有可能提供案情資料，以協助法官發現真實及促進訴訟，進而達到審理集中化之目標。……」<sup>128</sup>；「證據保全制度，依現行法之規定，固有事先防止證據滅失或礙難使用，而避免將來於訴訟中舉證困難之功能。惟如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資料，以瞭解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達到預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。」<sup>129</sup>；「關於其他中間爭點之中間裁判之功能，主要者例如：整理爭點並向當事人指明審理計劃，以使當事人瞭解訴訟之進行方向，便利攻擊防禦，進而使審理集中化，節省勞費，此為促進訴訟之功能，……」<sup>130</sup>

128 增設第三六七條之一採當事人訊問制度時所持理由，參照「修正彙編(由)」(見註1)一二〇五頁以下；參照「修正彙編(內)」(見註1)五四頁、一〇七六頁以下。

129 就第三六八條之修正所持理由，參照「修正彙編(由)」(見註1)一二一六頁。

綜觀就上開諸規定之整體，其立法旨趣係強制性要求當事人、受訴法官及程序關係人（訴訟代理人）均應盡一定之協力義務，在從事訴訟程序上行爲（含：訴之提起、攻擊防禦方法之提出）及審理活動之過程，均應致力於減少勞力、時間或費用之付出，而儘可能促使程序之利用、進行或運作更有效率、更加迅速以便發現真實及促進訴訟<sup>131</sup>。為此，新法所採審理集中化措施之審理構造含有如下程序特徵：①課當事人及代理人負協力迅速進行訴訟之義務即訴訟促進義務，而予以定性為當事人之一造對他造及法院所負一種公法上協力義務。②為克盡此項義務，當事人應於言詞辯論終結前之適當時期提出事實、證據等攻擊防禦方法；如其就此有所未盡，應負相當之說明義務且可能遭受失權（喪失提出攻防方法之權利、機會）之制裁，而承負一定之行為責任（非純屬衍生自辯論主義之主張責任或證據提出責任）。③該項當事人協力義務之課負雖亦為貫徹訴訟促進之要求，但其本身非屬自我目的，而係指向於助益法院兼顧發現真實（客觀真實）之要求及促進訴訟之要求，藉以促成兩造當事人間協議（含：爭點簡化協議、和解或調解等裁判外紛爭解決）或達成認定事實、適用法律為裁判之目的。④加重受訴法官之闡明義務，要求其積極踐行爭點整理程序，強調辯論主義（當事人提出主義）不具有任由當事人自行決定事證提出時間而毫不受制約之意義。⑤要求法院將該項爭點整理程序之踐行結果（在法官與兩造間得有共識之爭點）在調查證據前曉諭當事人，係為充實辯論內

130 為促成修正第三八三條在其研修過程所提論據，參照「修正彙編(內)」(見註1)一三七二頁以下。

131 關於促進訴訟之意義，請參照「司法現代化」(見註7)一二五頁以下；「基本課題」(見註5)二二六頁內註19之說明。

容並防止程序延滯，藉以保障當事人之程序權，並防止發生突襲性裁判。在此意義上，受訴法官係被要求就爭點整理對當事人負協力義務，而法官闡明義務之加重，既為使當事人所應遵循之行為規範（有關何時應為一定陳述或事證提出之規範）明確化或其相關行為責任具體化，亦為保護當事人之實體利益及程序利益，並兼顧發現真實（直接審理主義及言詞審理主義之貫徹所指向發現之客觀真實）及促進訴訟等要求。該二項利益之保護及該二要求之兼顧，係被設定為採行審理集中化措施之目的，所以應準以指引受訴法官行使有關爭點整理之訴訟指揮權及如何施加失權制裁之裁量權。

本來，在我國，實質上著手具體草擬有關審理集中化措施之上開條文係始自一九九七年間，當時雖亦受德、日等國之立法動向所刺激<sup>132</sup>，惟在此之前，其相關理論已自一九八〇年代起經陸續倡導、拓深於我國，而具有相當之法理基礎上獨特性，終於形成引領新法制定之前導思想，具體化為上開立法理由。<sup>133</sup>簡言之，此方面相關理論之要旨是：①受訴法院於運作訴訟制度時或立法者於設計程序制度時，必須指向於兼顧滿足發現真實與促進訴訟等二基本要求，並平衡保護當事人之實體利益及程序利益。在此意義上，事實審理制度應以追求確定該二要求之平衡點上「真實」、「法」為首要目標。②應防止發生之突襲性裁判，應

包含促進訴訟的突襲在內，而不應僅指發現真實的突襲。亦即，受訴法院對於當事人一方面應賦予發現真實（追求實體利益）之機會，一方面則應同時賦予其有促進訴訟（追求程序利益）之機會。倘法院未賦予當事人相當之機會，俾其得能藉以提出有助於發現真實之攻擊防禦方法，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致蒙受實體上不利益之當事人）造成發現真實的突襲。又，倘法院未賦予當事人相當之機會，使其有用以提出助益促進訴訟之資料，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致遭受程序上不利益之當事人）造成促進訴訟的突襲。此類突襲之發生，均有害於當事人之程序主體地位，應設立、運用相當之程序制度予以防止。此所謂防止發生突襲性裁判之要求，應準以前導立法者及法官之職務活動。③訴訟指揮權之行使應指向於防止發生突襲性裁判，為此受訴法官應於訴訟程序之前階段（調查證據前），力行爭點整理程序，以釐清何者為待證事實及其與證據方法有無關連性，或促使當事人協議簡化爭點，藉此防免當事人遲至程序後階段始任意擴散爭點提出，以致有害於訴訟之促進。為達成此項目的，法官應適時為闡明，而儘可能與當事人進行溝通或為言詞討論。此項討論係為掌握當事人所欲主張之要件事實為何，而與實體法之解釋適用直接關涉，所以在討論過程，法院應將其法律見解（法律見解有關判斷某具體事實與特定法律效果之該當性者）適時向當事人表明，以利瞭解當事人是否已適切陳明（提出）該當於發生成為其（原告）所提訴訟標的或被告據以抗辯之法律關係的要件事實。否則，將難期待當事人集中於法律上、事實上及證據上爭點，盡攻擊防禦之能事，以致難謂已賦予充分之程序權保障。④「法」與「事實」係常牽扯難分，強化權利受害人蒐集事證之能力，實即意味保障其實現權

132 參照「修正彙編(四)」(見註1)三八九頁以下、五二四頁以下。

133 參照「民訴研討(一)」(見註6)四四頁以下、三四四頁以下；「民訴研討(二)」(見註6)二二五頁以下、二四四頁以下、三八六頁以下、六二七頁以下；「民訴研討(三)」(見註6)六九七頁以下、「民訴研討(四)」(見註6)一一一頁；「信賴真實」(見註7)三頁以下；「基本課題」(見註5)二〇七頁以下；「司法現代化」(見註7)一二一頁以下；「修正彙編(四)」(見註1)四一三頁以下、五四六頁以下。

利之機會。並且，為使兩造當事人事先避免提出或事後撤回無實益之主張，藉以限縮爭點而促成審理集中化，有必要充實事證蒐集手段，便利紛爭當事人使用。為此，應適當改革有關事實開示、證據保全、文書提出、中間裁判、準備程序、鑑定及證明妨礙之制裁等周邊制度。<sup>134</sup>應致力改善並充實法官及律師之養成研習教育內容，使其習得靈活運用整理並協議簡化法律上、事實上及證據上爭點之知識、能力、技巧。否則，爭點整理程序之備置及審理集中化措施之採用將不為功。

(b) 方案之可行性

對於上開論旨，為克服新法所採訴訟促進方案如何落實之課題，今後應有之研究方向是：

①倘著眼於上開立法理由係將促進訴訟義務定性為當事人對法院所負公法上義務一事，則其相關之失權制裁規定（第一九六條第二項、第二六八條之二第二項、第二七六條、第四四四條之一第五項及四四七條）具有強行性、公益維護性，非可任由當事人予以處分，所以關於爭點整理後所為新攻擊防禦方法之提出是否該當於應受失權制裁之情形（是否該當於上開失權規定之要件、是否應由新提出之當事人就不提出負行為責任）一事，固然應解為係屬職權調查事項，且應適用職權探知主義為審理<sup>134</sup>，不應如論者般一概認為失權制裁規定係為他造當事人之利益而設，違背該規定所為攻擊防禦方法之提出，可能因他造當事人未加責問而補正程序上瑕疵，所以不許法院依職權予以駁回云云<sup>135</sup>。不

134 「運用方針」（見註 46）九七頁；許士宦「失權」（見註 115）二〇八頁。

135 關於此類論述，請見吳明軒・中國民事訴訟法（中）（二〇〇四年）八五四頁；陳榮宗・民事訴訟法（二〇〇一年）九〇〇頁。

過，我國所採審理集中化措施，既非僅為貫徹公益維護層面上訴訟經濟（促進訴訟）之要求，今後之解釋論自應著重於探討，如何促使法官之程序運作及當事人之程序利用能平衡兼顧該項要求及發現真實之要求，而不應恒以優先顧慮促進訴訟之要求為能事，亦不宜將如此優先顧慮之外國法上立論原樣移用於我國。

②依公正程序請求權之法理及程序利益保護原則，訴訟指揮權之行使亦應指向於保護當事人之實體利益及程序利益，而職權探知主義之採用並不意味無須防止發生突襲（含促進訴訟的突襲），所以在造當事人未為攻防方法之提出係肇因於法院未善盡闡明之能事時，不應認為該當事人就不為提出所負行為責任已具體化。<sup>136</sup>而且，在他造當事人對於逾時之事證提出未為責問之

136 在新法所採適時提出主義及集中審理主義之架構下，如何運用訴訟指揮以促使法院與兩造當事人間，就爭點（事實上、證據上或法律上爭點）之所在形成共識：如何對於攻擊防禦方法之提出時期及當事人是否提出之自由決定權能，加以合理之制約，並使其應於何時、如何提出之行為規範明確化、行為責任具體化，乃屬今後審判實務運作上之重要課題。為克服此項課題，先應認明：該行為規範在第一層次上係以當事人為規範對象，而要求其應適時提出攻擊防禦方法，以便迅速進程序。就此而言，可謂立法者係期待當事人居於其主體地位積極參與、進程序，而賦予其有於「適當時期」提出攻擊防禦方法之權能，藉以追求程序利益、促進訴訟，是含有當事人進行主義之色彩。可是，就該規範之內容本身而言，所謂「適當時期」並非恒屬具體、明確，毋寧是，何時始可謂為該當於「適當時期」之判斷，常應取決於訴訟進行程度及個案情節（如：事證蒐集、提出之期待可能度），乃尚待進一步予以具體化、明確化之概念。通常，非待「適當時期」經具體、明確化以後，每無從期待、要求當事人確知其所應遵守之「提出時期」為何，以致難謂上開行為規範已具體、明確，所以亦不可認為當事人已可能且應該準以付諸行動（為攻擊防禦方法之提出）。為促成此種意義的具體化、明確化，從訴訟指揮權之行使應以保障適時審判請求權、公正程序請求權、平衡兼顧發現真實及促進訴訟（平衡

情形，法院亦應適時予以闡明，俾有意提出事證者有為說明以追求實體利益之機會（防止發生發現真實的突襲），並使他造有聲請法院命該提出者為說明或駁回其提出以追求程序利益之機會（防止發生促進訴訟的突襲），藉此貫徹新法課當事人負訴訟促進義務及說明義務之旨趣（第二六八條之二）。為落實此項意旨，且鑑於「法」與「事實」常牽扯難分之現實，今後之研究應取向於探討：上開闡明應採何種方式行之？在何類狀況下，法官之闡明應以公開心證或表明法律見解為程序內容？<sup>137</sup> 此項探討宜如何考量各該事件究屬本人訴訟或律師代理訴訟？<sup>138</sup>

保護實體利益及程序利益）等基本要求為指標以論，法院（審判長）應視訴訟進行程度及個案情節，善為行使訴訟指揮權，對當事人提示其應為資料提出之時期，以促成上開「提出時期」及行為規範具體化・明確化。

137 關於心證公開之目的、方法及效果，請參照「心證公開論」（見註76）一四一頁以下。

138 新法雖於第六八條第一項限制當事人委任律師為訴訟代理人，但仍容許當事人進行本人訴訟，並未改採律師強制代理制〔關於採行此制之前提，請參照「司法現代化」（見註7）一八五頁以下〕。因此，如何妥善處理本人訴訟所引發之問題，仍屬今後之課題。由於當事人本人多不諳法律，欠缺適切整理爭點之知識、能力，所以為保護其實體利益及程序利益，宜加重法官之闡明義務，由其積極踐行本人聽取程序（第二〇三條第一款、第二六九條第一款），以便從當事人本人所陳述之活生生事實（未經法律上評價之事實），掌握案情全貌，整理爭點。關於法官宜如何就本人訴訟為事實主張之整理，並集中於爭點行證據調查，請參照櫻林正巳＝村上正敏「集中審理の訴訟運営について（下）」（判例タイムズ一六九九號，二〇〇〇年）二七頁以下；佐藤 繁「民事訴訟審理のスピリット」（加藤新太郎編・民事訴訟審理，二〇〇〇年）四三五頁以下；木川統一郎「争点整理過程における鑑定・検証・本人陳述書の取扱いについて」（司法研修所論集一〇二號，一九九九年）三四頁以下；シンポジウム「現代の民事訴訟における裁判官および弁護士の多重的な役割とその相互関係」（民事訴訟雜誌五〇號，二〇〇四年）二二八頁以下。

③為保障程序權、防止發生突襲性裁判，應認為：如新提出之攻擊防禦方法係屬於爭點整理之結果所未被排除且未被發現者（潛存的爭點），則不應解為其提出該當於應受失權制裁之情形。此類情形，多見諸於案情繁雜、事證偏在於一造、事證蒐集手段不夠充實或法院未妥為闡明（未妥為整理爭點），以致難認當事人有可歸責性或於證據調查後始凸顯爭點等類場合。從此角度而言，今後應篩選適當之案例，探討：於何種具體狀況下，可判定為該當於該類情形？有關其判定準則之判例法或實務慣行應如何形成？相較於法院未定相當期間就其所指特定事項，命當事人提出攻擊防禦方法之情形，在法院已如此命為提出或其所命已事先徵得當事人同意之情形，是否更宜將當事人之逾期提出，判定為應由其負自己責任，而更可能適用失權制裁之規定？為此，如何活用第二六八條之規定？<sup>139</sup>

④為充實事證蒐集手段，以促成審理集中化，應探討如下二方面之問題：其一是，從解釋論上探討：如何促使新法所設諸事

139 於此，宜留意新法修訂第二六八條之立法理由謂：「法院於審理中，依其所認識之訴訟資料，如認當事人就某特定事項未詳為表明或聲明所用之證據時，為便於整理爭點，亦得定期間命其補正。而審判長於命當事人為上開補正時，應斟酌該特定事項或所用證據之性質、種類及當事人為該補正所必要之準備時間等因素，酌定相當之期間。又，為促使訴訟迅速進行，審判長得以言詞或書面，或依第一百五十三條之一規定，以電信傳真或其他科技設備傳送之方式命當事人為上開補正。」〔請見「修正彙編」〕（見註1）一一七八頁〕。

又，在此方面，日本於二〇〇三年夏增訂新法採一般性（不限定於所謂大規模訴訟事件）之審理計畫制，就定期提出攻防方法及其逾期提出之失權制裁等事項，為更嚴格之規定。關於此，可參照高橋宏志「民事訴訟法の改正について」（法学教室二六三號，二〇〇三年）七八頁；川嶋四郎『計画審理——「国民が自分のできる納得裁判」の処方箋の探求』（ジュリスト一五二五號，二〇〇三年）一二頁。

證蒐集制度發揮平衡兼顧發現真實及促進訴訟等要求之機能？<sup>140</sup>例如，在新法修正第三四五條第一項，就違反提出文書義務者之制裁，將舊法所定「法院得認他造關於該文書之主張為正當」修正為「法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實」以後，應探討：在執有文書之一造當事人違反文書提出義務時，法院應如何判斷，究僅宜認他造（舉證人）所主張之文書內容為正當，或宜認他造所主張依該文書應證之事實為真實？關於此問題之處理，宜否解為：在舉證人與文書之作成過程或文書之內容事實，於物理上或社會上相當接近，而客觀上可期待該舉證人知悉或推察該文書所記載之具體內容等類情形，為避免舉證人取得逾於文書經提出後所可得之利益，致失公平，於執有文書之一造不從文書提出之命時，應止於擬制舉證人（他造）所主張之文書內容為真實即足，而不應擬制其主張之應證事實為真。可是，在舉證人與文書所記載之內容事實相距較遠，而客觀上難期待該舉證人知悉或合理推知該文書之具體內容等類情形，如不逕認得擬制舉證人所主張之應證事實為真實，將無以對拒不提出文書者，發揮有效制裁之作用，而有害於公平。蓋因在此類情形，舉證人每僅能就文書所載內容為抽象而不特定之主張，倘認為僅得擬制舉證人所主張之文書內容為真實，將未必直接有助於應證事實存否之認定，是無異於對違反舉證協力義務之文書執有人，寬不施加應有之制裁。為此，應如何設法充實法官及律師得能靈活予以應用之知識、能力？又，在新法增訂第三六

<sup>140</sup> 為致力克服如何平衡兼顧發現真實（實體利益之保護）及促進訴訟（程序利益之保護）等要求，新法已增設多項規定〔參照「程序選擇權」（見註9）六七至六九頁〕，其應如何適用之探討，乃今後之解釋論上新課題。

八條後段採認具有事證開示機能之證據保全、調查程序後，當事人得依此規定，僅就關涉特定爭點之事實問題聲請鑑定，藉以蒐集可資釐清案情之資訊，而用以循訴訟外紛爭解決方式（適用第三七六條之一）為處理。<sup>141</sup>此種事證蒐集手段，多有可能及必要被活用於特需借重法律外專業知識（如：科技知識等）以解決紛爭之事件類型（如：有關承攬建築工程、醫療事故、汽車產品瑕疵、公害、藥害等類紛爭事件），值得重視。為此，今後應致力於對法官及律師施加相當之教育（職前教育及在職繼續教育），使其具備認定事實及有關整理並協議簡化爭點之必要知識、能力，以活用上開新制。

其二是，從立法論上繼續發掘有關如何擴充事證開示手段之問題，並嘗試構思可資以促成法制本土化之解決方案。諸如：可探討：應如何充實、增設文書目錄提出制度，再評估新法第二六六條第四項及第二六八條後段之規定是否足可用以發揮該制度之機能，因為該制度有助於當事人利用文書目錄蒐集有關係爭事件之資訊、情報，藉以判斷其預定提出之書證為何。此項有關文書之特定所需資訊開示制度之增設，有助於儘早在訴訟程序之前階段整理爭點、簡化爭點，並防止一造當事人對他造當事人之突襲。因為倘於審理程序經進行至較後階段時，一造始提出新書證，則難免對他造當事人造成突襲，而不得不重新整理爭點，以

<sup>141</sup> 紛爭當事人如能於訴訟外或起訴前查明案情，將更能獲得相當資訊，用以認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大；並資以較量其紛爭所涉實體利益與程序利益之大小輕重，達成和解，而防止濫訴，避免不必要之爭訟，或資以判斷、選擇解決紛爭之方式。為此，新法第三六八條後段擴充證據保全程序，使其同時發揮某程度開示事證之機能，而更有助於當事人平衡追求該二種利益，尋求存於此二者之平衡點上真實，值得肯定。

致拖延訴訟之終結。為免致此，且為克服因證據偏在於一造當事人（一造獨占使用特定文書）所致他造舉證之困難，以貫徹武器平等原則，宜探討：是否修訂為類如：法院得依職權或聲請，定相當期限，命當事人提出擬作為書證聲明之文書目錄，並載明該文書之名稱及製作者等必要事項。但與該事件無關或無必要者不在此限。基於同上所述理由，就所擬聲明之人證及勘驗物，亦宜考慮增訂相關資訊開示制度。例如，就所擬聲請訊問之證人，使負提出載明其姓名及住居所等必要事項之義務，以利準備訴訟，而防止一造突襲他造。又，為促進程序之進行、避免不必要之勞費付出，亦可考慮併予規定為：當事人應於收受答辯狀之日起一定期限內，提出上開文書、證人或勘驗物之目錄。為此，宜檢討新法第二六七條之規定是否足可因應，而不致造成規定上重複？

此外，為便利當事人研判如何選擇解決紛爭之方式（如：是否成立和解、是否合意委由法官定和解方案、是否合意移付調解或委由調解委員酌定調解條款、是否改變訴訟上請求或主張之方式），並為使當事人於有意起訴解決紛爭時，得能事先蒐集有關其主張或舉證所必要之事證資訊，藉以比較衡量其事件所涉實體利益及程序利益之大小輕重，助益形成共識（此亦為兩造因司法資源之有效率利用所可能獲致之共益），宜討論如何參考美國所設對當事人之質問狀（interrogatories to the parties）制度<sup>142</sup>、日本之當事人查詢<sup>143</sup>、律師查證制度<sup>144</sup>（其辯護士法第二三條之

二），酌設當事人間直接查詢制度或律師查證制度。亦即，不僅基於上開理由，並鑑於律師職務之公共性<sup>145</sup>，宜探討是否承認：律師得就受託事件，經由所屬律師公會之認可，向機關或團體為必要之查證（使其就特定必要事項提出報告或說明）？<sup>146</sup>而且，從美國的 deposition 所可獲得之另一啟發是，應認真考慮在公證法或民訴法中增訂相當規定，承認：當事人本人、證人或鑑定

而承認下列應予排除適用之情形：非屬具體・個別之查詢、侮辱或困擾他造之查詢、重複之查詢、僅求為表示意見之查詢、將使他造蒙受不相當勞費始能回答之查詢、就存有與拒絕證言相同事由之事實為查詢等。如認為宜設此制度，則應同時探討如在他造拒不回答時，如何對其施加制裁（如：如何適用證明妨害之法理）？如何救濟為查詢之一造？其要件為何？如何防止濫用？

關於日本之新法所採當事人查詢制度具何程序內容及其有何不同於美國法之處，請參照三木浩一「日本の民事訴訟における裁判官および弁護士役割と非制裁型スキーム」（民事訴訟雜誌五〇号，二〇〇四年）九八頁、一〇四頁；小林秀之「競争（独禁法違反等）訴訟における証拠収集——新民訴法による拡充を中心に（二）」（別冊NBL四四号，一九九七年）一三五頁以下；上野泰男「証拠収集手続の拡充」（一二五二号，二〇〇三年）二二頁；高橋宏志・前掲（見註139）七五頁；伊藤 真「専門訴訟の行方」（判例タイムズ一四号，二〇〇三年）六頁。

144 關於律師查證制之程序內容、機能及其與當事人查詢制之不同處，請參照東京弁護士会総務委員会編・弁護士会照会制度（一九九八年）；高橋宏志「証拠調べについて（三）」（法学教室二二六号，二〇〇〇年）一〇三頁。

145 參照「司法現代化」（見註7）第一八四頁。

146 此時，亦可探討：除受法令限制者外，是否宜容許得請求各該機關或團體交付文書之原本或複（謄）本？如何定明有關報告或文書提出之費用由何者償還或負擔？如何定明得拒絕報告或提出之正當理由？如何避免遭律師濫用？相關制裁措施是否可能採行？為此類探討時，宜同時檢討第三五〇條有關法院調取公務文書之規定，向來已否充分發揮作用？其所遭遇之問題為何？

142 參照「民訴研討（三）」（見註1）二四九頁以下；「民訴研討（四）」（見註1）一二九頁以下。

143 亦即，宜探討如何增訂下述規定：允許當事人在訴訟繫屬中，為準備其主張或舉證，得於一定條件下以書面定相當期間，向他造查詢相關之必要事項。又，為防免此種直接查詢制度（不經由法院命令之方式）遭濫用，宜考慮同時設若干除外之情形。例如，宜否不設制裁規定，

人，在一定條件下，可在公證人（法院公證人或民間之公證人）面前經具結後，就所見聞、知悉之特定事實，為證言或陳述，據以作成公證認證書；並就偽證（虛偽陳述）之處罰為規定，藉此將可發揮如下之功用：使本案訴訟之受訴法院可在程序之前階段，參酌當事人所提出之上開具結陳述書或證言錄取書，整理爭點、掌握案情，以利審理集中化。<sup>147</sup>

⑤隨著社會情勢之變遷，為因應「法」與「事實」常牽連難分之現實，有需借重、依賴法律外專業知識始能迅速、精確釐清爭點並認定事實之訴訟事件，已然明顯增多。諸如因公害、藥害、醫療事故、工程瑕疵、智慧財產權侵害或汽車產品瑕疵所生損害賠償或妨害制止請求事件，多需借重高度精密化之科技上經驗法則為爭點整理，始克為集中調查證據及辯論。為此，今後亦應取向於研究：在爭點集中審理主義、適時提出主義及自由心證主義之訴訟架構下，鑑定人應如何重新定位？在爭點整理階段，鑑定人宜否兼為當事人之輔助者？依第二六九條第三款、第四款、第三三五條、第三三七條第一項後段及第三七六條之一等規定，宜否承認鑑定人有案情解明權限？又，在證據調查階段，是否宜將鑑定人定位為法官之輔助者或法官為鑑定人之輔助者？其法律上責任為何<sup>148</sup>？就一定類型之訴訟事件，為選擇、認定經驗

147 與此相關，亦可探討宜否增訂：於兩造當事人合意時或兩造均委任律師為訴訟代理人到場（到公證人面前）時，在公證人面前所作成之上開公證書得據為本案裁判之基礎（作為認定事實之基礎資料）；或宜否在一定條件下（如：於律師在場見證並得為發問之狀況下），併容許由律師或公證人就相關事實（與應證事實具關連性之事實）為訊問，然後予以紀錄作成公證認證書，並得作為本案裁判之基礎？新法已增訂第三〇五條第二項至第六項等規定，其內容是否足可供用？

148 鑑定人之法律上地位具有兩面性，既屬證據方法，亦為法院之輔助者。

法則，應否重新界定受訴法院與鑑定人之關係或其間之任務分配？<sup>149</sup>

就前者而言，關於鑑定結果（意見）之評價係適用有關自由心證主義之規定（第二二二條）；就後者而言，在鑑定人係經法院選任之情形，其與當事人間並無委任契約存在，是不同於其他專家（如：律師）因受當事人委任而參與訴訟程序者，所以鑑定人就鑑定之瑕疵非必負有契約上債務不履行責任。因此，宜探討：就鑑定過失應如何由鑑定人負侵權行為責任？可否請求國家賠償？如何判定鑑定與損害間之因果關係等責任發生之要件？如何具體特定該損害？可否以訴訟權喪失或受侵害為理由，認為鑑定過失與精神上損害之間有因果關係？可否以當事人有利用上訴或再審程序求得救濟之可能性為理由，限制當事人請求國家賠償？關於此方面問題事項之德、日等國法上比較研究，可參照春日偉知郎「鑑定人の責任」（川井 健編・専門家の責任，一九九三年）二六九頁以下。

149 亦即，宜探討下列事項〔併請參照筆者在民訴法研究會第三十八次研討會之闡述，載於「民訴研討四」（見註 6）一六二頁以下〕：

(1) 應否修法以使法官與鑑定人間之權限及義務範圍更加明確？需否如何明定法院應設立專庭或科技知識諮詢機關？應否明文允許法院得依職權使鑑定人在評議或製作判決時，參與程序陳述意見？是否應配合法院組織法之修正，就特定科技專門知識領域，得遴任科技專家為法官，成為合議庭之庭員，參與審判（酌採專家參審制）？循此方向，司法院專家參審試行條例研究制定委員會已於二〇〇三年研擬專家參審試行條例草案條文，其第一條規定：「為增進法院於裁判上認事用法之適當性，保護訴訟當事人之利益，提升國民對司法之信賴，制定本條例。」其理由謂：「為增強法院關於法律外之專業知識，以發現真實、促進訴訟，確保裁判之公正性，以保護當事人實體利益與程序利益，提高國民對司法之信賴，……。」從信賴真實主義觀之，似值肯定。惟其相關條文之具體內容應如何再行檢視、檢討，則仍屬課題。在此方面，抱持同上所述問題意識，日本於二〇〇三年新設專門委員制度，其有無值得參酌之處，亦屬研究之課題。關於此項立法，可參照高橋宏志・前掲（見註 139）七七頁；加藤新太郎「専門委員の制度設計のあり方——民事訴訟の専門化対応推進のために」（判例タイムズ〇九二号，二〇〇二

⑥隨著社會生活之複雜化、國際化以及法律體系之多元、專精化，法官未能知悉某項法律（法規範）內容之情事，亦可能發生。在「法」與「事實」相牽扯之現實下，如何解決該方面之問題，對於審理集中化方案之落實，亦具重要性。從此角度言，如

年）三六頁以下；笠井正俊「專門委員について」（法曹時報五六卷四号，二〇〇四年）一頁以下；伊藤 真・前掲（見註 143）一六頁。

- (2)有關鑑定人義務項目之規定，亦屬保護他人之法令，如能列明其較具體之內容，將有益於督促鑑定人善盡鑑定義務，迅速協助法院調查證據，以選擇適合該事件之經驗法則，而迅速發現真實。基此認識，宜探討如何增訂規定，示明鑑定人負有如下內容之義務：①受鑑定之命者，就所指定之鑑定事項，認非其所專門或別有可為鑑定者或應得他人之助始能為鑑定時，應即報告其事於法院。②受鑑定之命者，就所指定之鑑定事項，於其內容或範圍有疑義時，應即報告其事於法院。③受鑑定之命者，對於其因此所知悉他人秘密，不得無故洩漏。並應依法院之指示，送交鑑定有關之資料於法院，不得無故遲延。
- (3)應否考慮增設明文規範訴訟外鑑定書之效力？因為，在訴訟程序外（含訴訟繫屬於法院以前），由法院以外之人（如：當事人或其他利害關係人）委請作成之鑑定報告（書），往往亦有助於選擇經驗法則，避免其誤用，如認為此項鑑定書經當事人兩造合意時可視同審判上鑑定書處理，則因其效力之加強，對於減輕法院選任鑑定人之負擔，避免不必要之勞費損失，並保障當事人參與程序之機會，均多有助益。
- (4)應探討從解釋論及立法論，要求法院應在一定範圍內對鑑定人為必要之指示。亦即，為促進迅速、確實作成鑑定報告，提高依鑑定調查證據程序之效率，並為儘可能避免鑑定人誤認待鑑定之事項範圍，或防止其逾越必要範圍為證據評價，強化當事人對鑑定意見之信賴，宜探討如何在審判實務上運用訴訟指揮權或從立法論要求，踐行如下程序：①選任鑑定人之法院，應告知（待）鑑定事項於鑑定人，並為鑑定所必要之指示；②法院得依聲請（當事人之聲請或鑑定人之請求），告知訴訟程序進行之狀況或交付裁判正本於鑑定人。

何建立法官向其他法律專家為法律諮詢之制度，亦屬課題。為其克服，應先認知：依法官知法之原則<sup>150</sup>，就法之存在、內容，法官負有職權探知之義務，原則上當事人不負舉證責任。並且，依法官（審判）獨立原則<sup>151</sup>，法律諮詢之結果（法律專家所示法律見解）充其量僅作為法官（含職業法官及專家參審法官）審酌之基礎資料，而不當然對其有拘束力。不過，上開法官未能知悉法律之情狀不一，其中有屬於外國法、習慣法或地方法規者（第二八三條）；有屬於通常可期待法官知悉之國內法者；亦有屬於非可如此期待以致法官有需求助於其他法律專家之國內法或立法事實（有關某立法政策上價值判斷之事實）者。因此，為法律諮詢之建制時，宜探討：應如何考量該類情狀不一之現實？為充實法官之法律專業知能，提昇其水平，應如何變革法官及律師之養成、研習教育方式？如何充實相關周邊措施、傳授必要之知識能力，以使法官得能活用第二〇三條第四款、第二六九條第四款、第二八三條、第二八八條第一項後段、第二八九條、第三二八條、第三三九條及第三四〇條等規定？在本案訴訟程序上，是否應寬許當事人請求受訴法官表明其法律見解、為必要之相關法律調查或責由受任為訴訟代理人之律師提出可供參酌之法律上見解？應如何一方面認知法官與律師應扮演協同尋求「法」所在之角色，一方面設法促進發揮此項機能<sup>152</sup>？是否宜引進「法院之友（amicus curiae）」制<sup>153</sup>？

150 參照「司法現代化」（見註 7）一四二頁、二四六頁。

151 關於法官獨立原則所具有之現代意義及問題點，請參照「司法現代化」（見註 7）四五頁以下、七〇頁以下。

152 參照「司法現代化」（見註 7）二〇六頁以下。

153 參照「司法現代化」（見註 7）一七二至一七七頁。

⑦爭點整理程序之法律上備置，並不意味或等同於即可使法官及律師具有整理爭點之知能、技巧，前者屬法的客觀面（硬體）之充實，後者則屬如何健全法的主體面（軟體）之問題。<sup>154</sup>因此，應致力變革法官及律師之養成（含大學及研究所）教育、職前及繼續（在職）研習教育方式，以使其具備法律思維、綜合分析事實<sup>155</sup>、依個別案情在爭點整理階段妥為選用程序以整理證

154 關於法的主體面之健全化，對於促使我國程序法制發揮應有機能、律師及法官克盡其形成政策，協同探尋「法」等任務，特具緊要性，請參照「基本課題」（見註 5）二一九頁；邱聯恭「法曹養成教育之課題與展望」（同 程序制度機能論，見註 5）（略稱「養成教育」）二五四頁以下。

155 此乃有關如何變革法律專業教育方式、內容，以培育法律專家具備法律思維能力之課題。所謂法律思維能力雖被指稱具有多義性，惟一般而言，係指如下能力：探尋、挖掘相對立利益間所牽連的基礎事實，然後予以精確掌握、並分析各該利益所關涉的種種社會背景，藉此判斷如果採取某種見解、態度，何種利益將受到肯定，進而以此種判斷來說服對立之當事人及其相關之社會一般人。亦即，在法律學中所考慮之利益、所面對之問題，常牽扯種種社會現象，而關涉諸多社會背景，因此，有關現行法律規定之解釋、適用，或有關如何制定、修正法律，並非僅從形式邏輯上解釋法律，然後將之套用於特定的事實即可濟事。法律之解釋、運用、理解，乃是需要以開闊的視野為綜合性價值判斷之一種作業程序。此項作業是：判斷何種利益應該如何加以保護；如何調和相對立之利益，並使之平衡。法律專門教育首先要以培養法律人具有此種綜合判斷能力為目的。為了達成此種目的，應該致力培養法律人就事物有為合乎邏輯之思考及分析之能力，藉以尋求其想法、分析思考之根據，而可依此下判斷。此即培養法律人有踐行實質的利益衡量、判斷之能力。例如，就某一特定紛爭之處理或解決，應該採取何步驟，或對於解決之成果（如：裁判），應該承認其具有何項效力、其效力範圍為何等等，往往要考慮到實體法上觀點與訴訟法上觀點、要考慮到平衡保護實體利益及程序利益、具體的妥當性與法的安定性如何協調、以及程序保障之要求所涉諸種利益狀態等類問題事項。關於法律思維能力之培養方法及其在相關法律領域之應用例，

據上，事實上或法律上爭點、在調查證據階段妥為選用經驗法則以認定事實等多方面知能。<sup>156</sup>

請參照「養成教育」（見註 154）二八九頁以下；三ヶ月 章・法学入門（一九八二年）一三八頁；柳田幸男「國際化時代の法曹養成」（ジュリスト一六二二號，二〇〇四年）一〇〇頁；平井宜雄・法政策学〔第 2 版〕（一九九五年）一五頁；同『「良い」法律家になるために』（司法研修所論集九二號，一九九四年）三頁；柳田幸男・法科大学院構想の理想と現実（二〇〇一年）九四頁；弥永真生「リーガル・マインドとは何か」（法学教室一三七號，一九九二年）八頁；高野耕一「法律を学ぶということ——リーガル・マインドを中心として」（法学教室一七五號，一九九五年）七頁；川端 博「リーガル・マインドへのアプローチ——フローチャートのすすめ——」（法学教室一七五號，一九九五年）一七頁；伊東研祐『刑法解釈論「職務権限」概念をめぐるリーガル・リズニングの楽しみ』（法学教室一八八號，一九九六年）三七頁；松尾浩也「刑法におけるリーガル・マインド」（法学教室一八八號，一九九六年）六頁；芦部信喜「憲法におけるリーガル・マインド」（法学教室一八九號，一九九六年）八頁；星野英一「民法とリーガル・マインド」（法学教室一九三號，一九九六年）七頁；米倉 明「民法典 100 年の光と影（その 3・完）」（法学教室二三四號，二〇〇〇年）三二頁；宮川光治「あすの弁護士——その理念・人口・養成のシステム——」（宮川光治＝那須弘平＝小山 稔＝久保利英明編・変革中弁護士（上）（一九九二年））二七頁。

156 關於法曹養成教育應有之方針及內容，請參照前揭「養成教育」（見註 154）二六〇頁以下。

又，與此相關，日本自二〇〇四年新設法科大学院（研究所）制，作為司法改革之一項重要環節開始施行、運作，其教育之必要內容係包含傳授修得爭點整理及事實認定所不可欠缺之基礎知能在內。此項變革走向，對於二十一世紀之我國司法改革，亦具有啟發性而值得參考。關於此方面變革之內容及爭論，請參照中央教育審議會「法科大学院設置基準等（答申）」（ジュリスト一二三〇號，二〇〇二年）一三六頁以下；シンポジウム「法科大学院のカリキュラムを考える（上）——第三者評価基準の観点から（NBL七二八號，二〇〇二

⑧由於爭點整理之目的是，為達成徹底解決紛爭或防止其擴大，並平衡保護實體利益及程序利益、兼顧發現真實（實體法上觀點）及促進訴訟（程序法上觀點）等要求，而且在其目的達成之過程（紛爭處理・解決之過程、訴訟審理之過程），可能遭遇諸多要因發生作用之情狀，所以所謂爭點實具有相對性、個別性及多樣性之意涵，而爭點整理之結果，非必僅為提供受訴法院適用客觀實體法下本案判決之基礎。<sup>157</sup>相應於此，爭點整理及審理集中化方案之施行，係被期待、要求發揮種種機能。<sup>158</sup>此類機能有如：提昇紛爭解決之迅速性・經濟性（含促進訴訟）、提高紛

年）四頁以下；柳田幸男「司法制度改革審議會意見書に示された法科大学院とその具体的実現の方途（上）」（一二〇九号，二〇〇一年）一三〇頁以下；同・法科大学院構想の理想と現実（二〇〇一年）二二三頁；財団法人日本法律家協会法曹養成問題委員会「法科大学院における教育の在り方についての中間まとめ（判例タイムズ〇八三号，二〇〇二年）三一頁以下；宮川成雄「実務教育の意義と内容——実務基礎科目と臨床法学教育の可能性」（法律時報七五卷三号，二〇〇三年）四八頁以下；佐藤鉄男「司法アクセスと法学教育——民事手続法を中心に」（法律時報七六卷五号，二〇〇四年）四五頁以下；日弁連法務研究財団編・次世代法曹教育（二〇〇〇年）二三九頁以下；田中成明「法科大学院時代法学教育」（ジュリスト二六二号，二〇〇四年）一一〇頁以下、一一八頁；石川 正・伊藤真・島田禮介（パネルディスカッション）「法科大学院時代の民事司法」（ジュリスト二六五号，二〇〇四年）四二頁以下；飯田隆「法科大学院の第三者評価」（法学教室二九二号，二〇〇五年）二頁以下。。

157 民事訴訟審理、裁判之品質係取決於如何整理爭點，此乃當今民事訴訟學界及審判實務家之共識〔參照加藤新太郎・手続裁量論（一九九六年）二頁〕。關於爭點之意涵及在其目的達成過程可能發生作用之諸因素，請參照「運用方針」（見註 46）七九頁以下。

158 參照「運用方針」（見註 46）八三頁以下；「基本課題」（見註 5）二一一頁以下。

爭解決結果（如：法院之判決、法官促成之和解、所定和解方案或調解法官所定事件解決方案）之正確性（含發現真實）、信服度・信賴度、平衡保護實體利益及程序利益、或促成有計畫之審理而使法官、律師及書記官之業務管理均更加合理化等等。從此而言，在爭點整理過程，參與爭點整理之法官、律師、鑑定人或法律外專家係與當事人協力釐清爭點（紛爭實態）、協同探尋如何處理、解決紛爭之管道，並使其所負行為責任具體化（充足應該或可能受失權制裁之正當化基礎），而扮演「法」之協同探尋者、生活策劃者、利害調整者或政策形成促進者等角色，為此雖亦以實體法為從事整理爭點的行為規律之一，但因亦須從程序法上觀點兼顧回應訴訟法上要求，所以非以發現客觀真實及一味貫徹其所繫之實體法規範為首務或至上目標。

基上認知，今後應取向於研究：在採行適時提出主義及爭點集中審理主義之訴訟架構下，應如何調整實體法與訴訟法之應然關係？此事對於構思適時審判請求權及程序選擇權之法理究應如何貫徹，是否亦屬無可逃避之課題？<sup>159</sup>為此，是否宜同時著重於研究：經由本案審理過程所發現、形成或具體化之「法」內

159 此方面之相關論點，請參照「回顧與展望」（見註 3）二七二頁；「程序選擇權」（見註 9）三〇頁以下。其中，筆者於一九九二年所倡論之主旨謂：「客觀真實之發現並非恒屬訴訟審理制度所應追求到達之首要目標；不應認為程序法係僅以實現實體私權或貫徹實體法規範為目的。從而，訴訟法應非僅屬實體法上權利之實現法。今後，有關民事程序法學之研究，應致力於探討：如何構築相當之程序理論並充實相關之審判實務，俾有利於經由程序制度之使用・運作來尋求・發現・形成「法」。訴訟法學應屬研究有關如何尋求・發現・形成「法」之學問領域，而與實體法學並列於法律學體系中，均具有同等之基本上重要性。」如此倡言以後，同類之立論，在日本，於二〇〇三年亦見於川嶋四郎・前掲（見註 139）二〇頁。

容，究竟受何等因素所制約？關於民事裁判之研究，宜如何併以訴訟審理全過程為評析對象？其是否應儘可能併以法規範所適用之具體事實及社會實態為評析之基礎資料，而不宜止於僅就裁判先例之要旨為抽象性、觀念性評釋？今後宜否將此方面研究之專門領域或學問體系，重新拓展為爭點整理學？

#### (2) 濫訴防止措施及濫訴抑制義務之周邊問題

##### (a) 立法理由及條文內容之周延性

新法容許法院得不經言詞辯論而逕行駁回顯無理由之起訴（含：再審之訴、第三人撤銷之訴）或上訴，並得科處罰鍰（第二四九條第三項、第四四九條之一、第五〇七條之五準用第五〇二條第二項）。此類規定之增設理由謂：「邇來濫訴之情形相當嚴重，不但對被告造成勞力、時間、費用之浪費，並造成其精神上之痛苦，亦增加法院之負擔，浪費司法資源，為避免上述情形發生，有效遏止濫訴情事，有予以適當制裁之必要。」此項立法理由亦被適用於，制裁顯無理由之上訴或僅以延滯訴訟終結為目的之上訴等類情形。<sup>160</sup>

從上開立法理由可知，新法係有意以濫行起訴及濫行上訴者為施加制裁之對象即規範對象，而課其負有一定之不作為義務即濫訴抑制義務，藉此要求其防範勞力、時間或費用之浪費於未然。在此意義上，上開新法係對原告及上訴人加重其訴訟促進義務，使此義務與現行法及新法所認當事人所負一般訴訟法上義務係為發揮促進訴訟之機能者並列，彰顯新法走向重視促進訴訟之意旨，在立法政策上非不可受相當之肯定評價。此類訴訟法上義務有如：一般性訴訟促進義務、個別的事案解明義務（請回顧上

述「(1)(a)」之說明）、真實義務（第一九五條第一項）、陳述義務（第一九五條第二項、第二六六條）、證明妨礙抑制義務（第二八二條之一）、個別的事案解明義務（第三四二條第三項）、文書提出義務（第三四四條）等。問題是，由於上開有關科處罰鍰的新條文之內容係明示要處罰提起「顯無理由」之起訴或上訴者，而非將濫訴（濫行起訴或上訴）、訴權之濫用或起訴制度之濫用明列為應適用該制裁規定之行為，所以應可質疑：到底新規定是否真能達成上開立法理由所示防止濫訴（濫行起訴或上訴）之目的？其是否將起訴或上訴係出於「顯無理由」者，誤認為均屬濫訴之行為？倘在客觀上可認為該當於「顯無理由」之起訴或上訴之行為，非必均可予以評價為濫訴，則依新規定所為處理，是否將導致新法所指向達成之目的被過度不當追求之結果？果然，豈能謂符合立法所持理由之本意？為達成防止濫訴之目的，是否尚須借助於上開新條文所示內容以外之法理適用？此方面法理之闡釋或相關理論之建構，是否仍屬必要而有益？

於此，想先指明，如所謂濫訴係指一般所稱訴權濫用或訴訟提起（制度）之濫用（濫行起訴），而應予以設法制止<sup>161</sup>，則為

<sup>161</sup> 在日本，因欠缺有關如何制止濫行起訴之明文，其判例法上，亦散見有以起訴係該當於訴權濫用為由，認其屬不合法而予以駁回之情形。此類判決先例係從訴權肯定說之立場，使用訴權濫用之概念，將其該當之起訴以不合法為由予以駁回。不過，持訴權否定說之論者則認為：縱使不援用訴權濫用之概念，就個別、具體之案例，亦有可逕以起訴欠缺訴之利益（確認利益）為由，認其屬不合法而予以駁回者。關於此方面之判例介紹及相關討論，可參照高橋宏志「訴訟要件について（2・完）」（法学教室二七五号，二〇〇三年）八九頁；芳賀雅顯「訴えの提出が訴権の濫用とされた事例」（法学研究七四卷九号，二〇〇一年）一〇九頁以下；本間靖規「民事訴訟と損害賠償——不当提訴を中心に——」（民事訴訟雜誌四三三号，一九九七年）三三頁以下；

<sup>160</sup> 參照「修正彙編(六)」(見註1)四八四至四八七頁。

探求如何處理上開諸問題之方針，宜先認知下述事項：其一是，應認知有關該當於濫行起訴或訴權濫用之判定或立法，應嚴謹、審慎從事，非可從寬承認或適用此方面之法理（適用於該項判定之法理，即訴權濫用之法理）。亦即，應認知：在現代，國家既然禁止自力救濟、採行法治原則，而獨占行使審判權，自應負有司法行為義務，亦即應承認人民對國家有請求保護權利、解決紛爭之權利，是為司法行為請求權。而且，憲法在承認國民主權之同時，既宣示保障人民之平等權、自由權、生存權、財產權及訴訟權等基本權利，為落實此等保障規定，國家自應負保護人民權利、為其解決紛爭之義務，是即司法行為義務。因此，人民得據訴訟權、司法行為請求權，起訴請求法院為本案判決，以宣示「法」之所在、內容而解決紛爭。換言之，苟不認為人民對於國家（法院）享有該等請求權，則上述憲法所保障的諸基本權利，將有隨時遭受侵害之虞，且於人民之權利已被侵害或有此危險而發生紛爭時，將無從獲得及時而有效的適當救濟或保護，終使正當權利成為泡影，而有名無實。從而，國家設置並健全司法、訴訟制度供人民用以實現權利、尋求「法」之所在而解決紛爭，乃是為了盡其國家法上及訴訟法上義務所應然，並非出於為政者之

池田辰夫「民事訴訟の提起と不法行為」（新堂幸司先生古稀祝賀・民事訴訟法理論の新たな構築上巻，二〇〇一年）四三頁以下；梅善夫「訴權の濫用」（石川 明古稀・現代社会における民事手続法の展開，二〇〇二年）四九七頁以下；林屋礼二「民事訴訟における権利濫用と信義則」（民商法雑誌七一巻一号，一九七九年）六二頁以下；山本和彦「訴訟上の権能の濫用——訴權の濫用」（別冊ジュリスト一四五号，一九九八年）一六頁；加藤新太郎「訴訟上の権能の濫用——訴え提起と不法行為」（別冊ジュリスト一四五号，一九九八年）二四頁；水元宏典「訴え提起と不法行為——訴訟上の権能の濫用」（別冊ジュリスト一六九号，二〇〇三年）八八頁。

德意或恩惠。可知，上開請求權乃所以保障人民對國家有提訴權，而享有循公正程序獲得有效的法律救濟之權利。<sup>162</sup>為此，國家應廣闢通向法院之途徑，並常開啟法院之門，受理起訴，使人民容易接近法官，獲得適時適式之審判，而指向於保障適時審判請求權。在此前提下，法院既不得拒絕裁判，自應致力於促進訴訟，依循程序利益保護原則，防止使當事人蒙受異常之程序上不利利益，避免造成如同實質上拒絕裁判之結果。

要之，基於訴訟權及司法行為請求權，主張權利受侵害或有意尋求「法」所在以解決紛爭之原告，得向法院起訴請求其為法律上必要之救濟；回應於此，法院應進行審理該訴，就原告所主張事實之存否及權利之有無為裁判。從而，提訴權係為實現實體權利所不可欠缺，其如何獲得最大化之保障，實乃關涉法治國家理念能否落實之根本性事項。為此，既不應因起訴者在訴訟上所提權利主張被法院認為無理由（據該權利主張所為訴訟上請求欠缺事實上、法律上根據而不應被容認）而受敗訴判決，即指其為濫訴或違法起訴；亦不可輕易將起訴寬認為該當於濫訴，否則將有動輒導致阻絕國民請求救濟權利受害或尋求「法」所在以平和解決紛爭之虞，其結果，終將使訴訟權難獲應有之充分保障。從此而言，有關起訴行為是否該當於濫訴之判定須從嚴審慎為之，且不應逕以起訴是否屬顯無理由作為該項判定之唯一標準（不應僅將顯無理由之起訴作為制裁濫訴之對象行為）。在此範圍內，上開新條文之內容是否具妥當性，應有再商榷之餘地。

其次，應認知：如上之闡釋，並不意味人民可濫行或無條件任意提起訴訟，毋寧是，法院亦應制止原告濫用提訴權（訴權或

<sup>162</sup> 參照「司法現代化」（見註7）八六頁以下。

起訴制度），而原告則負有濫訴抑制義務。此事係另牽涉訴訟要件論及訴權論之大問題<sup>163</sup>，宜同時從如何兼顧其他訴訟法上基本要求或訴訟法理之觀點，探討應如何排除無實益或濫用訴訟權、提訴權之行為。其實，在實際社會，亦可能發生原告之起訴非真正為實現其實體權利之情事，此從上開立法理由指述「邇來濫訴之情形相當嚴重」一節，亦可察知。其適例有如：起訴之目的係出於，僅為使被告陷於應訴之煩擾狀態、遭受精神・心理上痛苦、身體健康上或名譽上危害、無形或有形之財產上不利益或損失等類不當意圖，而欠缺受保護之必要性者。由於此類濫訴情形

163 向來，所謂訴權係指人民得向法院起訴而請求其為裁判之個人所享權能。關於訴權論之功績及其對訴訟要件論之影響，被認為：訴權論係從權利之角度，考察・探討何以個人有向法院起訴而求為裁判之權利、此權利之內容應如何構成且在何要件下被承認、此項承認之實益為何、有無將訴權予以概念化之必要等事項，原被拓展於十九世紀之德國民事訴訟法學上。在其經長年論爭之結果，時至今日，大致上形成所謂訴權肯定說及訴權否定說。後者雖認為所謂訴權只不過是十九世紀所呈權利意識過剩之產物，訴權論已經在訴訟要件論之發展過程被吸收，所以不應將國民與訴訟制度之關係理解為嚴格意義之權利義務關係云云，但仍承認訴權論深化了訴訟要件論等類訴訟法學理論，確發揮相當之學問上貢獻。不過，訴權肯定說仍強調：訴權之觀念仍具重要性，可成為改革訴訟制度，而將法院理解為國民服務機關之指標。關於此方面之論爭狀況，請參照高橋宏志・前掲（見註 161）八八頁以下；三ヶ月 章・民事訴訟法（法律学全集）八頁以下；同「裁判を受ける権利」（民事訴訟法研究 7 卷，一九七八年）一頁以下；新堂幸司・新民事訴訟法（第三版）（二〇〇四年）二二三頁以下；鈴木正裕「訴權論の現況とその現代的意義」（法学教室第二期一號，一九七三年）六七頁；上村明広「裁判を求める権利について」（木川統一郎古稀祝賀・民事裁判の充実と促進上卷（一九九四年）一四六頁；中務俊昌「民事訴訟法——学説一〇〇年史」（ジュリスト四〇〇號，一九六八年）一四三頁；藤井俊夫・事件性と司法権の限界（一九九二年）一頁以下。

之發生將對被告造成程序上不利益，而危害其應受保護之程序利益，所以為貫徹程序利益保護原則，應防止發生該類情形，為此應課原告負濫訴抑制義務，並要求法院採濫訴防止措施。而且，從上述意義之濫訴行為實悖逆民事訴訟制度之設立目的<sup>164</sup>，且將無端浪費司法資源而言，該項義務及要求之肯認亦可尋求正當化論據於，公益維護層面上訴訟經濟（促進訴訟）之要求。在此意義上，應解為：前述立法理由所謂「對被告造成勞力、時間、費用之浪費，並造成其精神上之痛苦」一語，應係指向於保護被告之程序利益，而認知程序利益保護原則；又，其所謂「亦增加法院之負擔，浪費司法資源」一語，則係為兼顧公益維護層面上訴訟經濟之要求，所以法官不得將上開新規定作為減輕或推卸其個人應有受訴負擔或責任之藉口。何況，從原告係意圖以違反民事訴訟制度目的之手段，對被告不當加重異常之負擔而言，上述意義之濫訴行為亦可能被評價為不符誠實信用原則、公平或公正程序之要求，應非可許。

#### (b) 濫訴該當性之判定程序及相關問題

##### ① 提訴權濫用與起訴顯無理由之不同及關連

綜上所論，倘訴訟之提起，依提訴者之意圖或主張內容觀之，係悖反法律設立民事訴訟制度之目的、旨趣時，其起訴應該且可能被認為係一種提訴權濫用。於此情形，受訴法院應以其起訴為不合法而欠缺訴訟要件，依第二四九條第一項第六款裁定駁回之。因為，與一般權利之行使不得濫用者相類同，起訴亦須指向於達成法律本以承認權利（訴訟權、提訴權）之目的，而不得

164 關於民事訴訟之目的論，請參照「民事訴訟之目的」（見註 16）一六一頁以下。

違背國家（納稅人全體）設立民事訴訟制度之目的、旨趣。倘使就起訴之主觀、客觀狀況為判斷，足認為其程序之遂行必將有害於司法資源之合理運用，且無端加重被告異常之應訴負擔、危害其應受保護之程序利益，而非真正為實現原告值得受保護之實體利益者，應依上論旨認為其起訴為不合法。此即意指，起訴行為非屬提訴權濫用一事，亦為訴訟要件（消極要件）之一，如其有欠缺，應以裁定駁回起訴，是不盡同於法院得以原告所陳事實在法律上顯無理由為據而下判決（本案判決）駁回起訴之情形（第二四九條第二項）。就此種判決駁回起訴之情形，新規定雖容許法院得處原告罰鍰（同條第三項），卻未同時就濫訴設定較明確之處罰要件，其立法者似未充分認明應制裁或制止發生之起訴行為係該當於上開意義之濫訴情形。因此，應探討：如何釐清上開二者間之不盡相同處？如何避免該項判決駁回或科處罰鍰之新規定被寬濫解釋，以致危害或無端抑制提訴權之行使？如何重新修正上開新規定？

一般而言，提訴權或訴訟權（訴權）之濫用，與向來所稱權利濫用相類，乃屬一種不確定法律概念，法律並未定明其該當之要件事實，所以是否該當於提訴權濫用之判定，應根據相關具體事實為綜合之考量、評價，此類事實可稱為評價（判定）根據事實。屬於此類之事實不一，諸如：有關原告起訴所持目的、意圖、涉訟之來龍去脈、經過、所提訴訟上請求（訴訟標的、訴之聲明）或權利主張有無或具何程度之事實上、法律上根據（併參照第二六六條第一項第一款）、其導致提出請求或主張之事實上、法律上背景、為訴訟遂行之態度（如：是否出於刻意延滯訴訟以困擾被告、是否有類如訴訟狂或偽裝訴訟之情事、是否有不起訴之合意卻貿然起訴等）、所增添於被告或訴訟關係人之訴訟上

或訴訟外利害、損益之有無、程度等類之具體事實，均可能成為提訴權濫用該當性判定之基礎事實（從此而言，第四四九條之一所定「僅係以延滯訴訟之終結為目的」一節，僅屬判定是否該當於濫上訴時之一項考量因素而已，其所定尚非周全）。此類事實存否之審理，係亦關涉公益維護層面上訴訟經濟之要求能否被貫徹，應屬職權調查事項，且適用職權探知主義，但須防止對當事人（原告）發生突襲性裁判；當然，亦得由被告予以主張、證明，或適用第二七八條之規定。

又，在受訴法院認定某部分上開判定根據事實存在，而予以評價為該當於濫訴（提訴權濫用）時，固然應依上所說明，以其起訴欠缺訴訟要件為由予以裁定駁回。可是，在受訴法院為判定濫訴該當與否，乃就上開事實上、法律上根據之有無及其程度，依個別案情之必要進行爭點整理（屬本案審理），而賦予當事人應有之程序權保障，終於判定起訴顯然欠缺法律上或事實上根據，且屬顯無理由時，則除法院認為尚不足以判定起訴係亦該當於提訴權濫用，而不應適用濫訴防止規定（第二四九條第一項第六款或第三項）外，由於其屬提訴權濫用該當性之判定根據事實與本案判決之基礎事實等二者相競合之情形，所以該法院得逕以判決駁回原告之訴（依第二四九條第二項）；且於同時認為可判定其亦該當於提訴權濫用之場合，得併為科處罰鍰之裁定（同條第三項）。但於此場合，不必認起訴為不合法以裁定先予以駁回（不必先依上所述適用同條第一項第六款）。因為，現行法雖規定起訴欠缺一定之訴訟要件時，應以裁定駁回之（第二四九條第一項），但並未要求必須先就全部訴訟要件均一一審理完畢以後，始得行本案審理。毋寧是，實際上受訴法院係就訴訟要件有無欠缺之調查及本案審理同時併行為之。因此，就訴訟要件有無

欠缺尚未完全調查清楚以前，可能發生受訴法院已達成本案審理結果，而認本案請求為無理由之情形；亦可能發生本案請求為無理由及某項訴訟要件有欠缺等二者均已達於可為裁判的程度之情形（第三八一條第一項）。<sup>165</sup>於此二種情形，如果各該項訴訟要

165 關於所謂「訴訟達於可為裁判之程度」（第三八一條第一項所定者）應如何判斷之問題，似應理解為：不應如向來論者般將其認為僅屬受訴法官之內心上判斷，而是應從下述二方面理解其意義。亦即，應從審理結果所獲判決基礎資料（訴訟資料、證據資料）之充實度（情報狀況之確實性）及當事人所受程序權保障之充分度等二方面，依各該訴訟進行之階段及案情狀況分別為處理、判斷。在新法已然採行爭點集中審理主義，要求法院將本案程序分為爭點整理階段與證據調查階段而為計劃性審理之今日，為發揮爭點整理程序之應有機能（如：防止發生發現真實及促進訴訟的突襲，平衡保護當事人之實體利益及程序利益等機能），上開判斷亦可能且應該針對爭點整理之結果狀態為之。因此，在依爭點整理之結果（含兩造當事人間有無達成爭點簡化協議之情狀），可認為當事人已被賦予攻擊防禦方法提出機會而受應有之程序權保障，卻未為該項提出時，亦可能作成上開判斷，此時應認為，被賦予該機會之當事人就事證提出所負行為責任已具體化。如果法院所持法律見解係與當事人所持者有所差異或為其所忽略時，法院在未曉諭其事以使當事人有敘明或補充之機會以前，不應逕為上開判斷。否則，其審理活動係違反闡明義務（第一九九條、第一九九條之一），不符防止發生突襲性裁判之要求。此項義務及要求亦存在於，法院判斷起訴是否為顯無理由之審理過程。又，與以上闡述相關之論點以及日本如何修正此方面與我國法相近之舊法，請參照參照太田勝造「『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」（新堂幸司編著・特別講義民事訴訟法（一九八八年），四二九頁以下；稻葉一人「審理手続における当事者と裁判所との役割分担」（民商法雑誌一一九卷四・五号，一九九九年）七〇五頁以下；鈴木正裕「新民事訴訟法における裁判所と当事者」（竹下守夫等編・講座新民事訴訟法Ⅰ，一九九八年）四二頁以下；山田 文「弁論の終結に関する裁量的判断について」（ジュリスト一二七号，二〇〇四年）七三頁以下；宇野 聡「不熱心な訴訟追行に対する対応」（塚原朋一等編・新民事訴訟法理論実務（上），一九九七年）二九一頁以下。

件係屬以排除無益之起訴或保護被告之利益（如：防免被告無端遭逼使應訴而付出勞費等所可能獲得之程序利益）為目的、旨趣者，則省略該項訴訟要件之續行調查（屬於此者有如：訴之利益有無欠缺、不起訴契約存否等之調查）或裁判，而逕以本案請求為無理由予以判決駁回，通常可認為符合法律設該訴訟要件之本旨，並吸收有關該訴訟要件之裁判。為貫徹此項旨趣，應認為法院得為該項判決，是與尚待調查有無欠缺之訴訟要件係屬以避免發生無效判決或再審事由為目的之情形，有所不同。就此後者之情形，仍須先行調查該訴訟要件存否，不應予以省略而逕為本案判決。準此而言，提訴權（訴權或訴訟權）濫用之法理（如上所述，認為應將濫用提訴權之起訴，以其為不合法而欠缺訴訟要件為由予以裁定駁回等旨之法理），既係以排除無益（無端浪費司法資源而違背訴訟經濟）之起訴並保護被告所享程序利益為目的，自亦得為如上所述之處理。於此，宜併留意：第二四九條第二項規定所謂「得不經言詞辯論」，係指得不經爭點整理後之主要期日辯論而言，並不含有不必或不可整理爭點（為適當闡明）以防止發生突襲性裁判之意涵，所以縱使受訴法院於準備性言詞辯論期日為爭點整理以後，仍可能適用該項規定為判決。而且，此種爭點整理後之判決，係亦包含法院為一貫性審理後所為判決駁回起訴之情形。<sup>166</sup>

166 所謂一貫性審理係指：受訴法院應先審理原告所主張之原因事實及理由，從實體法上觀之，是否足以導出其訴訟上請求而成為其論據。如就此獲得肯定之結論，原告之主張即屬具有一貫性，否則其主張本身即屬欠缺正當性，而不具一貫性。此種情形之發生，通常係由於原告誤解法律而作成錯誤之法律上構成所導致。所以為防止發生突襲性裁判，法院應指明該項誤認或適度表明法院之法律觀點（依第一九九條或第一九九條之一第一項等規定，表明法院認為原告之主張不具一貫

基上析述，由於上開新法立法理由所指「濫訴」之該當性判定，實關涉訴訟權得否受應有保障之基本上重大事項，且提訴權或訴權之濫用具不確定概念性，特需借重受訴法官運用綜合分析、判斷能力，進行較複雜之利害衡量，而在兩造與法院（納稅人代表）間為利害調整，始克濟事，所以今後須致力克服之課題是，探討：應如何從解釋論及立法論，繼續釐清「提訴權濫用」與「起訴顯無理由」之不同、界限及關連？應如何為其提示審判實務上可循以應用之指針，而促成此方面判例法之形成、累積？為此，宜如何防免法官寬用或誤用訴權濫用之法理或有關制裁濫

性及如此認為之理由），使當事人有機會為適當之法律上陳述（行使法律意見提出權），如其未能為具上開一貫性之補充陳述，則法院得以其請求為無理由予以駁回，或勸使撤回起訴（參照「方法論序」（見註2）五九頁）。此種一貫性有欠缺之法院判斷，通常係該當於受訴法院認為「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者」之情形（第二四九條第二項所定者），所以在法院為該項顯無理由之判決以前，應賦予原告有上開陳述意見並補充提出事實主張之機會，始符程序權保障之要求，而不應認為所謂「得不經言詞辯論」為判決駁回之規定（同條項所定者）具有不必賦予該項機會之意義。尤其，在特須從實質上保障武器對等原則（Waffengleichheit）之情形，該項機會之賦予係為貫徹公正程序、程序權保障等要求所不可欠缺。例如，在醫療爭執事件，由於原告不具醫學方面專門知識之故，其於起訴時所為原因事實之主張縱有欠缺一貫性之情形（其主張顯然不能充足訴訟上請求所應依據之法律要件事實時），法院尚應行使闡明權為如上所述之指明，而不得在未踐行此項程序之狀態下，以原告之訴為顯無理由或欠缺一貫性予以判決駁回，尤不應認其起訴為濫訴，亦即此時尚不得認為該訴訟已達於可為裁判之程度（第三八一條第一項）。此方面之相關論述，除參照前揭「方法論序」（見註2）七〇頁內註33所說明者外，可再參照木川統一郎「医療過誤訴訟における鑑定人の役割」（櫻井孝一古稀祝賀・倒産法学の軌跡と展望，二〇〇一年）一五五頁以下；同「ドイツの実務に範型を求めた医師の責任訴訟の再検討」（判例タイムズ一一二三号，二〇〇三年）一五頁以下。

訴之規定？為促使善用此項法理或規定以達成濫訴防止之目的，法官宜如何為意識變革？宜如何充實其養成教育及繼續教育之方法、內容，俾其習得運用濫訴防止措施所需綜合分析、判斷能力？抑且，在我國社會之現時段，尚未充足採行律師強制主義於第一審之前提條件<sup>167</sup>，且一般國民之法意識猶待健全化並提昇其水平。在此現實下，為充分發揮訴訟制度之機能、達成其設立目的、助益人民容易尋求「法」所在以預防或解決紛爭、避免自力救濟而貫徹法治原則，在法律原則上容許提起之當事人本人訴訟，亦值探討：如何要求、促使法官特別審慎適用有關制裁濫訴之規定或訴權（提訴權）濫用之法理？又，濫訴之發生是否亦有肇因於受任代理訴訟之律師為誤導者？果然，為防止濫訴，宜如何變革律師之養成・繼續教育制度及懲戒制度？如何提昇其職業倫理、素養之水平？<sup>168</sup> 宜否在充足一定要件時（如：其有慫恿蠱惑而代為起訴之情事時），併予以列為科處罰鍰之對象？

## ②濫訴防止措施之競合、選用

如上所述，上開新法雖於立法理由指明「邇來濫訴之情形相當嚴重」而刻意試圖制裁濫訴，卻尚未能訂定周全之濫訴防止規定。鑑此，為貫徹程序利益保護原則及維護公益層面上訴訟經

167 關於採行律師強制主義之前提條件及其與防止濫訴之關係，請參照「司法現代化」（見註7）一八五頁以下；內田武吉「弁護士制度の側面」（早稲田法学七三卷二号，一九九七年）二頁以下。

168 關於律師之職業倫理水平如何提昇所涉問題狀況，請參照「司法現代化」（見註7）三六頁、一八〇頁以下；滝井繁男「新民事訴訟法と弁護士倫理」（宮澤節生／熊谷尚之＝司法制度懇話会編・21世紀司法への提言，一九九八年）二六〇頁以下；加藤新太郎「弁護士の訴訟引き延ばしと倫理」（法学教室二八七号，二〇〇四年）九五頁以下。

濟，今後應再探討：為有效防止或制裁濫訴，其他尚有何計可施？可能採用之濫訴防止措施為何？如何促使其充分發揮效用？為此應克服何等課題？此乃有關濫訴防止措施宜如何併用之問題。意識及此，為探明今後應有之研究取向，以下試再思考：濫訴行為尚可能導致何種其他訴訟法上效果或實體法上效果？

先從濫行起訴可能導致其他訴訟法上效果而言，應思考類如前述之濫訴判定（評價）根據事實，尚可能在訴訟法上該當於違反何項義務、承負何種責任、發生何法律效果或遭受何方面之制裁？著眼於此，可設想得知的是：濫訴判定根據事實亦有可能該當於被評價為欠缺訴之利益，以致該起訴被認為不合法而欠缺訴訟要件遭駁回（依第二四九條第一項第六款）。<sup>169</sup>因為，有無訴之利益亦屬一不確定法律概念，其判斷所應考慮之三個觀點及所應為之利益考量（請回顧本文「貳、二、(二) 2、(2)」就「起訴機會在確認利益判定過程之保障」所為闡述），係亦可能以濫訴判定根據事實為判斷基礎，以致後者可能與訴之利益有無欠缺之判定根據事實重疊或相涵蓋，而於其可被評價為起訴欠缺訴之利益時，非必須逕適用提訴權（訴權）濫用之法理為處理。<sup>170</sup>從此而言，今後應探討：於存在有該類判定根據事實重疊或相涵蓋之案情時，何種情形宜優先適用訴之利益欠缺之法理或訴權濫用之法理？受評價為應屬訴之利益欠缺者，是否非必均該當於應適用制裁濫訴（科處罰鍰）之規定（第二四九條第三項）？且其是否亦非必該當於起訴為顯無理由之情形（不適用同條第二項）？到底能否或應否更精緻釐清訴權濫用與訴之利益欠缺等二者之關係或

<sup>169</sup> 關於起訴欠缺訴之利益時，可引據第二四九條第一項第六款以裁定予以駁回，請參照「民訴研討（四）」（見註 6）四四九頁（民訴法研究會第四十三次研究會紀錄）。

界限？

此項問題意識，亦可用以檢討新法為制止一再提起再審之訴所設規定（第四九八條之一），亦即其規定當事人不得以同一事由，對於法院認無再審理由而駁回再審之訴之確定判決，更行提起再審之訴。其立法所持理由謂係為避免一再提起再審之訴以致浪費司法資源云云。<sup>171</sup>此項立法係針對社會上頻生一再提起再審之訴一事，特別為其明定訴訟要件（以起訴非屬本於同一事由為合法要件即消極要件），可評價為亦屬濫訴防止措施之一項，乃有關訴之利益及訴權濫用等法理適用之特別規定，藉此儘可能提高紛爭當事人對於審理方向及法之預測可能性，防免於適用此類法理時遭遇判定標準不明確性（伴隨於不確定法律概念性所生者）而滋生爭議，以保護對造之程序利益、促進訴訟。在此意義上，可評價為上開立法理由係亦認知程序利益保護原則及公益維護層面上訴訟經濟之要求。受此項新法走向所啟發，今後宜思考：為防止濫訴，適用訴之利益及訴權濫用等法理，應否如何依事件類型（如：是否為現代型訴訟事件或特需從實質上保障武器對等並兼顧公益維護之事件類型）或程序事項、階段之不同，設定更明確之具體要件，以供為訴訟審判實務運作之依循，而杜爭議？此從有關禁止重複起訴之現行規定（第二五三條）及其解釋論<sup>172</sup>之展開，是否亦可獲得啟示？致力朝此方向設計，是否較

<sup>170</sup> 此方面相關案例之評析，請參照山本和彥・前掲（見註 161）一七頁；高橋宏志・前掲（見註 161）八九頁；林屋礼二「民事訴訟と權利濫用・信義則（小山昇等編・演習民事訴訟法，一九八七年）九〇頁以下。

<sup>171</sup> 參照「修正彙編(中)」（見註 1）一一二九頁。

<sup>172</sup> 關於最近亦從程序利益保護原則，檢視訴之利益與濫訴防止之關係，並重新探討有關第二五三條所認重複起訴禁止原則之解釋論者，請見

能避免有關訴訟要件之審理（非屬本案審理）伴生過度之程序上不利，而更加一層落實程序利益保護原則，防止發生促進訴訟的突襲（賦予機會用以防止發生因不必要之上開爭議致生勞費付出）？基此認知，應如何評價：新法以防止濫行起訴為理由，<sup>173</sup>就生活妨害制止請求事件<sup>174</sup>，特別將其原告適格者限定於具備一定條件且經許可起訴之法人（第四四條之三）<sup>175</sup>；又就強烈需求

許士宦「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」（同・程序保障與闡明義務，二〇〇三年）二三一頁以下。

173 參照「修正彙編(四)」(見註 1)九三頁。

174 此事件屬所謂現代型事件類型，關於其特徵，請參照「司法現代化」(見註 7)一一頁以下；「基本課題」(見註 5)二二二頁內註 8 之說明；「民訴研討」(三)(見註 6)七四頁以下；「民訴研討四」(見註 6)八二頁以下。

175 新法增訂第四四條之三，容許以公益為目的之社團法人或財團法人（以下合稱為公益法人或團體），在其章程所定目的範圍內，得經其目的事業主管機關許可，對侵害多數人利益之行為人，提起不作為之訴。此項規定係將原告適格者之範圍，擴大於該特定團體，使其在具備法定要件時，得為該多數人提起不作為請求訴訟，而行使訴訟遂行權，不必基於該多數人之授權。提起本條所認法定訴訟擔當團體訴訟之公益法人，係主張其他社會大眾之多數人權益有受侵害之虞或有為其制止侵害行為之必要，所以此種資格之承認，係以可能受害之多數人常不知或無力獨自排除侵害為著眼點，乃與免徵裁判費（第七七條之二二第二項）、容許選任律師（第四四條之四）及律師酬金敗訴者負擔（第七七條之二五第二項）等制度相配套，而立足於訴訟法上觀點，賦予應有之程序保障。此項意旨，亦指引訂定「公益社團法人財團法人提起不作為訴訟許可及監督辦法」（略稱不作為訴訟許可辦法），規定公益法人及受任律師不得請求報酬或費用，以落實上開立法目的。公益法人，應經目的事業主管機關許可，始得在其許可之範圍內，成為法定訴訟擔當團體，提起制止請求訴訟，所以不作為訴訟許可辦法，應據以判定該團體之該當性。並且，此不作為之訴乃屬生活妨害制止請求事件之一種，具有亦需求適用法律針對現代型訴訟事件之特性所設諸配套規定。屬於此類規定者有如：關於處分權主義之限制適用者

將判決效力擴張及於訴外第三人（實質上當事人）之事件類型，則以賦予程序保障為主要目的，特別一方面增設第三人撤銷訴訟（第五〇七條之一）<sup>176</sup>，一方面卻限制該第三人應循其他法定程序請求救濟者或已獲參加原（前）訴訟之機會者，不得提起第三人撤銷之訴（除同條規定外，併參照第五八條第三項）。此類規定，是否亦可資以防止受前判決影響之第三人濫行提起該訴，而發揮制止濫訴之機能？倘可認為其亦有此機能，則今後有關濫訴防止措施之設計，是否宜著眼於不同事件類型所具特性、需求為之？

此外，尚值探討：命敗訴者負擔含律師酬金在內之訴訟費用制度，是否亦可某程度發揮制止濫訴之機會？因為，例如，就上開生活妨害制止請求事件等類，新法規定原告得聲請法院為其選任律師為訴訟代理人（第四四條之四），同時將其由法院酌定之酬金及第三審上訴提起時被強制要求選任律師之酬金，均認屬訴訟費用之一部（第七七條之二五第二項）。此項規定，在敗訴者應負擔勝訴者所付律師酬金之範圍內，可被期待某程度發揮保護正當權利者並抑制訴訟上權能（含攻擊防禦方法之提出權能）濫行、不當行使之作用，多少彌補向來所認此方面相關制度（第八一條及第八二條就訴訟上權能之不當行使所設制裁即訴訟費用由勝訴者負擔制）之不足。受此項新法走向所啟發，可進一步探討：宜否要求濫行起訴者，在一定要件下，應負擔應訴者所付律

為，團體應經主管機關之許可或同意始得合法起訴或為捨棄、撤回、和解、提起上訴或再審之訴（不作為訴訟許可辦法第二條、第四條、第六條）；關於辯論主義之限縮適用者，應解為：受訴法院得依職權調查證據並就其調查之結果使當事人為辯論（該當於第二八八條第一項所定「必要時」之情形）。

176 關於此項立法之主要目的及相關問題，請參照前述註 32 之說明。

師酬金，並於法院駁回濫訴時併予以裁判而宣示於主文？此種限定性（非全面性）律師酬金訴訟費用化<sup>177</sup>之措施，對於濫訴之

177〔律師酬金訴訟費用化與濫訴防止〕向來，律師酬金訴訟費用化即敗訴者負擔制之引進積極論者，除強調此制度可促使提訴更加慎重，具有防止濫訴、濫上訴之機能以外，尚主張：①倘勝訴者所付酬金不能從敗訴者回收，則將導致實體法上正當權利遭消滅之不正後果；②律師酬金常占訴訟所需費用之最大部分，歸由勝訴者自行負擔，實不合理、且不公平，為國民之法感情所難容；③倘不許請求敗訴者負擔勝訴者所付酬金，則將有導致裁判制度被疏遠，而難充分發揮其依法解決紛爭之機能等為主要論據。對此，引進消極論者所提主要論據是：①在現實社會，多數之紛爭當事人往往難於自始起訴時即評估訴訟勝敗，如果使敗訴者處於應負擔勝訴者所付律師酬金之危險，則將有導致猶疑躊躇不敢起訴或上訴之虞，終使裁判制度難能發揮應有機能，甚至有逼使紛爭當事人輕率採用裁判外手段之危險。②訴訟費用原屬紛爭當事人間為解決紛爭所付共益性費用，應由當事人各自負擔始為合理，責由敗訴者負擔乃屬過度之制裁。③就勝訴機率雖不大，但有需求為變更判例之事件、現代型或政策形成型事件等類訴訟，倘有意起訴者預慮其有負擔對造所付高額律師酬金之危險，則將不當被壓抑提訴，且使社會上、經濟上弱勢者漸處於利益遭犧牲之境遇。④在第一審未採律師強制主義之狀態下，難謂律師酬金之支付為權利救濟所不可欠缺。

有鑑於此，探討究應如何克服上述問題事項，乃屬今後之課題。為此，值得思考：宜否著眼於事件類型之特性、需求為設計？此時，似可先採行片面性敗訴者負擔制，藉此使濫訴者於其起訴或上訴遭駁回時，負擔應訴者所付律師酬金之合理額度（法院所酌定者）。在此點上，第四六六條之三第一項有關敗訴者應負擔第三審律師酬金之規定，對於構思如何充實我國第一審及第二審之濫訴防止措施，亦具有開創性、前導性。

、關於上開律師酬金全面性訴訟費用化之積極論及消極論所指問題事項及爭議之狀況，請參照高中正彥「弁護士費用の敗訴者負担の問題点（上）（下）」（NBL六二一号、六二二号，一九九七年）三四頁以下、四九頁以下；川上明彥「弁護士費用の敗訴者負担肯定の試みと限界——市民の司法に対する成熟とともに」（自由と正義五〇

防止，到底能發揮何程度之作用？其在不能補償、涵蓋濫訴之應訴者所受心理、精神上、名譽上痛苦或損失（均屬程序上不利益

卷二号，一九九九年）三二頁以下；杉井巖一「弁護士費用敗訴者負担の検討課題」（自由と正義五〇卷二号，一九九九年）四四頁；安保嘉博「弱者の訴訟を窒息させる弁護士費用敗訴者負担制」（自由と正義五〇卷二号，一九九九年）五六頁以下；淺岡美恵「弁護士費用の敗訴者負担制度導入はいかにして盛り込まれたのか」（自由と正義五二卷四号，二〇〇一年）二八頁以下；同「弁護士報酬の敗訴者負担問題を司法アクセスの拡充の観点から考える」（自由と正義五三卷五号，二〇〇二年）二二頁以下；高橋利明「法の創造を止める弁護士費用の敗訴者負担」（自由と正義五二卷四号，二〇〇一年）四〇頁以下；澤藤統一郎「弱者を司法から閉め出してはならない」（自由と正義五二卷四号，二〇〇一年）五四頁以下；伊藤 真「訴訟費用の負担と弁護士費用の賠償」（中野貞一郎古稀・判例民事訴訟法理論下，一九九五年）九六頁；ジェフリー・C・ハザード・ジュニア／三木浩一訳「手続法における国際的調和」（民事訴訟雑誌四四号，一九九八年）七〇頁；金子宏直「弁護士費用の敗訴者負担をめぐる——アメリカ法の分析をふまえて——」（民事訴訟雑誌四七号，二〇〇一年）二〇六頁；我妻 学「英国における訴訟費用敗訴者負担原則」（石川 明古稀・現代社会における民事手続法の展開上巻，二〇〇二年）二一五頁以下；同「民事手続法の改正」（法律時報七六卷四号，二〇〇四年）六四頁；司法制度改革審議会「国民がより利用しやすい司法の実現及び『国民の期待に応える民事司法の在り方』に関し今後重点的に検討すべき論点について」（ジュリスト一一八号，二〇〇〇年）一一五頁；トーマス・D・ロウ・ジュニア／三木浩一訳「弁護士費用は誰が負担すべきか（下）——民事訴訟における弁護士費用の償還に関する種々のアプローチとその選択」（NBL七二三号，二〇〇一年）五四頁；松本恒雄「消費者法から見た民事司法改革の課題」（法律時報七三卷七号，二〇〇一年）四六頁；阿部泰隆「行政訴訟における裁判を受ける権利」（ジュリスト一一九号，二〇〇一年）一四三頁；日弁連「弁護士報酬の敗訴者負担制度に関する決議」（自由と正義五二卷八号，二〇〇一年）一三九頁。

之一種)之範圍內,是否尚非周全之濫訴防止措施?

其次,再從濫行起訴可能導致之實體法上效果而言,由於濫訴之行為除造成應訴者即被告付出金錢費用之損失外,尚可能導致其名譽上、信用上損失、健康上傷害或精神上痛苦,往往非僅憑訴訟法上制裁(訴訟費用之負擔、濫訴之駁回)即可獲得完全之補償。而此類損失亦應受補償,乃國民之法感情所要求,卻未為新法及向來之民事訴訟法所明定。<sup>178</sup>因此,今後之課題是,應再思考:在濫訴遭駁回時,其在實體法上可能發生何法律效果?濫訴者應否負侵權行為之損害賠償責任?在一定範圍內(如:原告即濫訴之行為人就濫訴判定根據事實係明知或有重大之不注意情事,而導致被告受損害之結果,且其請求欠缺法律上根據一事係通常人所易認知、原告之起訴並無值得保護之利益等類情形)<sup>179</sup>,肯定此項責任是否亦可發揮某程度之濫訴防止機能,而彌補訴訟法對於濫訴者所施制裁之不逮?為此,應如何形成判例法?濫訴之駁回是否將導致賠償義務之不發生,而僅有訴訟法上效果(制裁)?是否於濫訴者得逞時,其始發生損害賠償義務,而補充訴訟法上制裁之不足?在原告係委任律師為訴訟代理人,由其研判起訴與否之情形,如其起訴該當於濫訴,是否應認為該律師

<sup>178</sup> 此方面相關問題之探討,請參照上述註161所引文獻。

<sup>179</sup> 在原告起訴時雖知其請求非必有充分之法律上根據(非必有實體法上權利)而可被容認,但為試行和解、促成合意以移付調解或委由法官或調解委員酌定解決事件之方案、條款(第三七七條、第三七七條之一、第四一五條之一、第四二〇條之一),藉此尋求「法」之所在而準以解決、預防紛爭時,原告係為平衡追求程序利益而起訴,有其值得保護之利益,所以不應無條件被認為該當於濫訴或欠缺訴之利益。從此而言,權利保護說或客觀真實說之訴訟制度目的論,應不足以作為理解起訴行為有無違法性或判定濫訴該當性之前導。

可能被要求對被告負相當之侵權行為責任、負有較通常人更高度之注意義務,而受追究律師所負專家責任?<sup>180</sup>

又,新法不僅保留有關不當假執行者負損害賠償責任之現行規定(第三九五條第二項),又同時就不當保全時債權人所負損害賠償責任補強保護債務人(損害賠償權利人)之規定(第五三一條第二項、第五三三條及第五三八條之二)。此等規定係以實體法上債權人(損害賠償義務人)不必有故意或過失為前提,從保護程序利益(損害賠償權利人之權益)及謀求促進訴訟(簡化程序)之訴訟法上觀點所增設<sup>181</sup>,對於思考應如何使濫訴者負損害賠償責任之問題處理時,是否亦具有參考價值?在濫訴與不當保全(或不當假執行)同時存在之情形,是否就前者與後者均可為行為人有過失之推定?應否著眼於前者係為追究違反行為義務之濫訴者所負責任,而後者係為追究不當執行所致結果責任等問題狀況之差異,分別為處理?

<sup>180</sup> 濫訴防止與律師對應訴者是否負損害賠償責任等二者之關係為何,及其探討之必要性,尚非向來論專家責任者所充分意識、探討。關於此,請參照水元宏典·前掲(見註161)八九頁;岡孝「弁護士之責任」(川井健編·專門家の責任,一九九三年)二〇七頁以下;姜世明·律師民事責任論(二〇〇四年)一九四頁;加藤新太郎「弁護士之責任」(山田卓生/加藤雅信編·新・現代損害賠償法講座3,一九九七年)三六二頁以下。

<sup>181</sup> 新法增訂此等規定之理由謂「債權人之賠償責任,係基於法律之規定,並不以債權人有故意或過失為要件,故法院僅須審究債權人是否因假扣押或供擔保而受有損害,及所受損害與假扣押間有無因果關係。為求訴訟經濟,如假扣押所保全之請求已起訴者,應使債務人得利用本案訴訟程序一併請求賠償,……」「為保障抗告人之權益,並使程序簡化,……」。參照「修正彙編(註)(見註1)一一五一頁。

## 2. 自律性協力義務及行為責任

### (1) 協力義務及行為責任出於協議者

#### (a) 程序上協議之立法明認及其論據

新法大幅修正舊法，增設多項規定，明文容許當事人兩造得在訴訟程序上或訴訟繫屬前，就本案審理所涉特定事項，成立可能發生訴訟法上效果之合意或協議（以下合稱「程序上協議」），使當事人受其協議內容之拘束，並對受訴法院發生依該內容為審理、裁判之效力。此類協議之內容為何係取決於當事人之意思，多可能使其負一定之協力義務或行為責任，是即出於當事人自主行為（達成協議之程序處分行為）之自律性協力義務及行為責任，而與民訴法對當事人所強制性要求者有異。屬於此類新法所明認之程序上協議不一，諸如：在擴充證據保全程序之同時，容許當事人兩造得於提起訴訟前，以該程序上所蒐得之事證資料為基礎，就事實、證據或有關訴訟標的之事項成立協議（第三七六條之一第一項、第二項，下稱「證據保全程序上協議」）；容許兩造當事人，於起訴後之程序上，可成立簡化爭點之協議，並要求法官致力促成此項協議（第二七〇條之一、第二七一條之一及第二六八條之一第二項，下稱「爭點簡化協議」）；容許兩造合意由受命法官調查證據，而選擇不完全貫徹由受訴法院（合議庭）調查證據之直接審理主義（第二七〇條第三項第四款）；容許自認人在取得他造同意時，得撤銷自認（第二七九條第三項）；容許兩造合意使證人在法院外以書狀為陳述（第三〇五條第三項）；原則上容許兩造合意指定鑑定人，使法院依其合意調查證據（第三二六條第二項）；就小額事件之審理，容許法院在兩造同意時，得不調查證據，審酌一切情況，認

定事實而為公平之裁判（第四三六條之一四第一款）<sup>182</sup>；社團法人為社員起訴請求金錢賠償損害時，如選定人全體以書狀表明願由法院判定被告應給付選定人全體之總額，並就給付總額之分配方法達成協議者，法院得不分別認定被告應給付各選定人之數額，而僅就被告應給付選定人全體之總額為裁判（第四四條之一第二項，下稱此協議為「總額給付協議」）；在普通法院就其受理訴訟之權限與行政法院確定裁判所持見解有異時，當事人得成立使普通法院為裁判之合意（第一八二條之一第一項但書）；在同一涉外事件同時發生訴訟繫屬於我國法院與外國法院，而有國際訴訟競合之情形，容許成立由我國法院裁判之合意（第一八二條之二第一項但書）；容許當事人就其尚未成立訴訟上和解內容之事件，得成立委由法官在一定範圍內酌定和解方案之合意（第三七七條之一，下稱「法官仲裁之合意」）；容許當事人成立委由調解委員酌定調解條款之合意（第四一五條之一第一項）；容許當事人成立合意將訴訟事件移付調解（第四二〇條之一）；對於第一審所為終局判決，容許當事人成立逕向第三審法院提起上訴之合意（第四六六條之四）；容許婚姻事件之當事人合意選用不公開審判之方式（第五七四條第四項）；增訂特別專法，容許紛爭當事人在一定條件下，得合意選定法官為審判（民事訴訟合意選定法官審判暫行條例第一條至第三條）。

上開諸新規定所認程序上協議雖屬多種多樣，但據以立法之意旨既具有共通性，且形成於同樣之理論背景下，此從立法者就

<sup>182</sup> 如上所列新規定係被增訂於二〇〇三年，曾受評價為：其增訂係認同信賴真實主義及程序選擇權之法理，而正面賦予兩造當事人有更多平衡追求實體利益與程序利益之機會，俾其藉此選擇究竟追求該二利益之何者。關於此，請參照「程序選擇權」（見註9）六九至七〇頁。

相關主要規定所表明之立法理由中，亦可察知。亦即，就證據保全程序上協議之目的、機能及建制必要性而言，立法理由謂：「……如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資料，以瞭解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達到預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。……」（增訂第三六八條第一項後段之理由說明）；「當事人於起訴前聲請保全證據者，得利用法院所調查之證據及所蒐集之事證資料，瞭解事實或物體之現狀，而研判紛爭之實際狀況，此時，如能就訴訟標的、事實、證據或其他事項達成協議，當事人間之紛爭可能因此而獲得解決或避免擴大。此外，當事人將來縱使提起本案訴訟，因當事人於保全證據程序中已就特定事實、證據或其他事項達成協議，故於法院審理本案時，亦可減少爭點，而節省法院及當事人進行訴訟所需之勞力、時間或費用，達到訴訟經濟之目的。……」（增訂第三七六條之一之理由說明）。<sup>183</sup> 又，就爭點簡化協議之目的、機能而言，立法理由謂：「……（得由當事人協議簡化之）訴訟程序上之爭點，僅以法律上允許當事人處分之爭點為限，其他不屬當事人得處分範圍之程序上爭點，即非本條所指定之爭點。……當事人主張之訴訟上爭點，如已……經兩造協議並加以簡化後，法院為訴訟指揮及進行言詞辯論，固不得逾其範圍，當事人雙方更應以此爭點作為嗣後攻擊或防禦言詞辯論之所本，任何一造

當事人既不得擴張原已協議簡化之爭點，更不得以其他爭點代之……」（增訂第二七〇條之一之理由說明，——部分係筆者附加）。<sup>184</sup> 就容許合意由受命法官調查證據之必要性而言，立法理由謂：「直接審理主義之目的在發現真實，追求實體上之利益；由受命法官調查證據，則能節省勞力、時間、費用，便於追求程序上利益，而實體上利益與程序上利益何者優先，應尊重當事人之意思，故如兩造合意由受命法官調查證據，應可准許」。<sup>185</sup> 就容許一造同意他造撤銷自認而言，其立法理由謂：「為免造成撤銷自認之困難，致浪費審判之勞力及時間……。又民事訴訟上各種訴訟資料之提出與否，依辯論主義之精神，完全委由當事人決定，故自認之他造當事人已同意自認人撤銷自認時，應無再加限制之必要，……」。<sup>186</sup> 就容許證人於法院外以書狀為陳述而言，其立法理由謂：「……為便於法院及當事人能儘速掌握案情並進行爭點整理程序，以達到審理集中化之目標，及避免浪費勞力、時間、費用，以兼顧當事人之實體利益及程序利益，……」。<sup>187</sup> 就容許合意指定鑑定人而言，其立法理由謂：「……為使法院妥適選任適當之鑑定人，並使當事人對鑑定結果信服，法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見，以供法院選任鑑定人之參考。如當事人合意指定鑑定人者，本諸證據契約得予承認之法理，法院自應從其合意而選任之……」。<sup>188</sup> 就總額給付協議之目的、機能而言，立法理由謂：「為求訴訟經濟並便利各社員行使權利，

184 參照「修正彙編(四)」(見註1)一一九〇頁以下。

185 參照「修正彙編(四)」(見註1)一一八六頁以下。

186 參照「修正彙編(四)」(見註1)一二三八頁。

187 參照「修正彙編(四)」(見註1)一一七六頁以下。

188 參照「修正彙編(四)」(見註1)一一八六頁。

183 參照「修正彙編(四)」(見註1)一一八七頁以下；「修正彙編(四)」(見註1)一一七三頁以下。

……」應容許社團法人為社員起訴，其「雖以法人之名義，然係本於社員之請求為之，故法院判決時仍須逐一審核各社員請求權存在與否及其範圍。然於受害社員人數眾多或各社員受害數額難以一一證明之情形，如此之審理方式，即難符合訴訟經濟之原則。」云云<sup>189</sup>，其中所謂訴訟經濟，從該法人能否成為選定當事人及總額給付協議是否成立均取決於社員即有意起訴之選定人有無程序處分行為觀之，主旨應是指權利主張者應受保護之程序利益（如：在選定人個別受害額之一一舉證有困難時，其所伴生勞費負擔之避免），而立法者係藉此項保護之宣示，認知程序利益保護原則並附帶謀求公益維護層面上訴訟經濟。<sup>190</sup>至於就有關法

189 參照「修正彙編(出)」(見註1)六〇三頁以下、九三六頁。

190 析言之，從總額給付協議所具有之實體法上性質而言，其係主張權利受害者就自己所屬實體利益為行使實體處分權之行為，應由行為人（協議人）依協議之內容自負責任（承受其實體法上效果），並得由選定當事人於起訴後之程序上為之（第四四條之一第三項、第四四條）。在此意義上，該協議屬實體法上契約，應依契約法理處理，一方面拘束協議人而使其據以表明於訴之聲明及其所依據之事實理由（第二四四條第一項第三款及第二六六條第一項第一款），一方面則成為受訴法院之裁判規範，要求其準此下本案判決。又，從總額給付協議所具有之程序法上性質而言，其係主張權利受害而有意起訴者指向於追求程序利益之程序處分行為，亦應由行為人依協議之內容自負責任（承受其訴訟法上效果），並得由社團法人即訴訟擔當團體以選定當事人之地位，於起訴後之程序上為之。在此意義上，該協議乃新法所認訴訟法上契約之一種，猶如爭點簡化協議或證據保全程序上協議般，不但對於協議人有拘束力，且亦應成為法院審理取向之依據。其結果，在總額給付協議係約定法院就各選定人個別之損害額如能形成心證時，即應依其所認定損害額命為分別一一給付等類內容之情形，或在受訴法院為本案審理後認為各該損害額已能證明，其一一認定不致伴生程序上不利益之情形，受訴法院有關是否分別認定損害額或命為給付總額之裁量權行使即應受制約，而不得在未經闡明以賦予原協議人（選

官仲裁或調解委員酌定調解條款之合意而言，如前所述（請回顧「貳、二、(3)」之說明），其制度之引進係以賦予當事人有平衡追求實體利益與程序利益之機會為目的，而植基於此二利益平衡兼顧論及程序選擇權之法理，因為其相關立法理由有謂：「……於兩造當事人和解之意思已甚接近時，如能容許其選擇不以判決之方式，而委由法院基於公正、客觀之立場，依衡平法理定和解方案，不僅使當事人之紛爭能獲得圓滿解決，且可減少法院及當事人為進行本案訴訟審理程序所須耗費之勞力、時間、費用，俾當事人平衡追求其實體與程序利益，爰明定於當事人和解之意思已甚接近時，兩造得共同或先後聲請法院、受命法官或受託法官於其表明願成立和解之範圍內，定和解方案。……」<sup>191</sup>。此外，

定人）或其選定當事人（訴訟擔當團體）有機會為程序選擇之狀態下，逕為命給付總額予選定人全體或訴訟擔當團體（原告）之判決。又，在總額給付協議係約定協議人願按一定比率分配受給付之總額時，受訴法院應於認定當事人所主張此項事實後，據以在當事人依處分權主義所聲明之範圍內，將該項約定內容亦顯示於判決主文及理由中，而不應僅判決命為給付總額予選定人全體或訴訟擔當團體。要之，總額給付協議固具有將個別多數損害賠償請求權，在一定條件下之某範圍內，予以收納成為集團性請求權之意涵，可是其權利之內容可能依該協議有多種不同之態樣，其中既可能有就個別請求權之內容為大幅度之更改者，亦可能有僅予以小幅度之更改者，究屬其中之何者，應由受訴法院適用辯論主義及處分權主義為審理，然後依所認定協議內容之不同分別為判決。從而，不應解為：祇要客觀上選定人間有總額給付協議，受訴法院一概必判命給付總額予選定人全體，而不必適用處分權主義及辯論主義（協同主義）依訴之聲明所示、就當事人所主張該協議之具體內容或態樣，分別加以判定。

191 參照「修正彙編(出)」(見註1)一二三一頁。又，在承認類如我國所採法官仲裁之立法例上，關於法官仲裁之合意具何法律性質及應如何定位等問題，向來鮮有立足於保護當事人所應享程序利益之觀點為闡述者，遑論認知程序選擇權之法理。關於此方面立法例所持問題意識及

就婚姻事件容許合意選用不公開審判之方式時，所持理由謂：「婚姻事件，常涉及當事人隱私及家庭秘密，性質上不宜在公開法庭審理，且與公益無涉，……」<sup>192</sup>此亦為優先保護程序利益。就何以制定專法容許當事人合意選定法官審判而言，其宗旨已於條文中定明：「為尊重當事人之程序主體地位及程序選擇權，增進人民對裁判之信賴，並疏減訟源，特制定本條例。」（其第一條）而以「為貫徹國民之法主體性及程序主體地位之理念，應有使民事訴訟當事人於無害公益之前提下，對於所涉訴訟事件具有選擇承辦法官之權利。……合意選定法官審判，一方面係為兼顧當事人之程序利益及實體利益，一方面係為節省司法資源，……」為理由。<sup>193</sup>

綜觀上開立法理由，可知新法增訂多項明文，容許紛爭當事人或訴訟當事人得就特定事項成立協議，乃為尊重當事人之程序處分權、賦予其有選擇程序以追求程序利益（如：因爭點之簡化、限縮所導致勞費節省或精神上痛苦、身體上損傷之減免）之機會，是可予以評價為其係認知程序選擇權之法理及程序利益保護原則。因此，該類法理應準以引導今後有關上開新規定之解釋

其非若我國立法意旨之顯明，請見吉田元子・裁判所等による和解条項の裁定（二〇〇三年）一一頁以下。

<sup>192</sup> 參照「修正彙編(三)」(見註1)一四一二頁；關於其立法之法理依據，參照「程序選擇權(見註9)四四頁以下。

<sup>193</sup> 參照「修正彙編(四)」(見註1)一〇一一頁至一〇一二頁；關於其立法之法理依據，參照「程序選擇權(見註9)四二頁；。此項立法已受相當之肯定評價，且被認為對於日本之司法改革亦具啟發性。關於此，請參照沈冠伶「『民事訴訟合意選定法官審判暫行條例』之評析」(月旦法學雜誌一〇一期，二〇〇三年)七二頁以下；鈴木賢「台灣の司法制度改革——日本への示唆」(法学セミナー五九九号，二〇〇四年)六六頁。

論。其實，此等法理，原係植基於憲法上價值體系，既為立法論亦為解釋論之前導，其適用範圍並非僅限於新法所明認之上開程序上協議，尚應擴及於新法未明認之相關或相類程序事項。從此而言，上開新規定實乃提示應然之法理，使其落實為具體條文而已。質言之，依程序主體性原則及程序主體權等原理，紛爭當事人或訴訟當事人即程序主體，亦應為參與形成、發現及適用「法」之主體；應受適時審判請求權及公正程序請求權之保障，俾其實體利益及程序利益不致受程序制度之運作、使用或未能予以使用所減損、消耗。因此，立法者及法官均應對於程序關係人，就關涉其利益、地位、責任或權利義務之程序利用及程序進行，賦予相當之程序參與權及程序選擇權，藉以實現、保障程序關係人之實體利益及程序利益。亦即，程序制度之制訂者（立法者）及運作者（如：法官），不僅應致力於保障程序關係人之實體利益，也應防免對其造成程序上不利利益（如：因未獲有相當機會以使用簡速化或避不使用無實益之程序制度所額外付出之勞力、時間、費用或過度蒙受之精神上、身體上痛苦、損傷），藉此使其有平衡追求實體利益及程序利益之機會，而避免發生減損其系爭財產權、系爭標的外財產權或無端限制其自由權等情事。為此，程序主體權者即訴訟（紛爭）當事人，不僅應有實體法上處分權（實體處分權），並應被肯定享有相當之程序法上處分權（程序處分權），藉以一方面基於實體處分權，決定如何處分各該系爭之實體利益（實體權利）；而另一方面則本於其程序處分權、程序選擇權，在一定範圍內決定如何取捨程序利益，以避免因其程序之使用或進行招致減損、消耗、限制系爭實體利益或系爭標的外財產權、自由權之結果。在此意義上，宜評價為：為成全該項程序處分權之行使，新法容許當事人（程序處分權之歸屬

主體)可選用其所認上開程序上協議為手段;藉此新法已然擴大當事人行使程序處分權、程序選擇權之可能範圍,而較諸舊法更尊重其程序主體權。抑且,此類新法所認協議之達成,既為兩造當事人行使程序處分權之具體表現,屬程序處分行為,可予以定性為訴訟契約之一形態,在其關涉實體利益之取捨選擇,而非純就程序事項為處分之情形,係不僅含有程序法上要素,亦兼含有實體法上要素,尚應予以定性為植基於程序選擇權法理之一種程序選擇契約(協議、合意)或混合契約,而不盡同於向來論者非基於該項法理所持混合契約說。<sup>194</sup>

#### (b)協議所衍生之協力義務及關連問題

兩造所達成程序上協議之內容乃當事人行使程序處分權、程序選擇權之結果,而被自主合意設定為共同遵守之自律性行為規範,各負有予以履行、實現之協力義務,並就該結果互負行為責任,是有異於法律本身或法院經由裁量權、訴訟指揮權之行使對當事人所示行為規範、所課協力義務、所具體化之行為責任。亦即,一方面當事人為程序主體權者,基於程序處分權,得依其自由、自主之意志,決定是否就上開諸新規定所認特定事項成立協議及其內容,並排除其遭外力(如:法律就該事項本來所設一般規範、法院行使裁量權)之干預;另一方面成立協議之一造當事人,得對於他造當事人主張其應就該當之協議內容(該程序處分權之行使結果)自負責任,並克盡予以尊重、協力使該結果獲實現之義務。<sup>195</sup>在此意義上,應認為程序處分權亦成為兩造間各就

<sup>194</sup> 針對爭點簡化協議所為此方面相關闡論,請參照「運用方針」(見註46)七七頁以下。

<sup>195</sup> 與本文之理論開展雖有不同,晚近論者亦從有關自己決定權或程序保障之理論,闡述其如何涉及自己責任之根據論等問題。關於此,請參

該當之協議內容,相互負自己責任之正當化根據。此項自負責任之原理,較諸仰賴法官之過度溫情介入或支援,既更有助於育成能自立、自律之個人,而切合於以此為前提或理想狀態之社會基礎構造,亦可增進當事人更主動協力於節省司法資源(促進訴訟),且激發代理訴訟之律師間為更健全之自由競爭。<sup>196</sup>其結果,在行使程序處分權而合意達成協議內容之當事人間,其一造就該協議內容對其所伴生之不利益,既不得向他造追究責任(不得要求他造承受該項不利益),亦不應將自己行使程序處分權之不利結果推諉轉嫁為他造或法院之責任。

程序上協議之所以被採認之整體性目的、法理依據及法律上

照波多野雅子「民事訴訟における当事者自治——その限界性と方向性に関する一試論——」(大阪経済法科大学法学論集四二號,一九九八年)九三頁;守屋 明「紛争過程における自己決定権の機能について——説得のレトリックとしての自己決定権——」(岡山大学法学雑誌四九卷三・四號,二〇〇〇年)七五四頁以下。

又,關於強調應從當事人自主性、自律性之觀點省思裁判程序之理想狀態者,參照棚瀬孝雄・紛争処理と合意(一九九六年)一五二頁以下;ギェンター・ハーガー=比嘉 正訳「紛争と合意——合意による紛争解決の条件と限界について——」(亜細亞法学三三卷一號,一九九八年)八〇頁以下;吉田直弘「民事訴訟手続の進行に関する法的規整と当事者合意——ドイツ法の継受とその後の展開を中心として——」(法と政治五〇卷3・4號,一九九九年)一四〇頁以下;守屋 明・紛争処理の法理論(一九九五年)一七頁以下;廣田尚久・紛争解決学(一九九三年)八七頁以下;和田仁孝・民事紛争交渉過程論(一九九一年)三四頁以下;二〇〇頁以下。

<sup>196</sup> 在訴訟審判過程宜否寬容當事人仰賴、借重法官之溫情介入或支援,係向來有爭議之問題,且被認為不宜將實體正義之實現視為絕對價值。因此,如何儘可能減消伴隨於該項介入或支援之流弊,應屬課題之一。關於該爭議,請參照三木浩一・前掲(見註143)一〇九頁、一八五頁以下。

定性，固如上述，惟新法於規定當事人得成立上開協議之際，除就爭點簡化協議及證據保全程序上協議之效力略有規定（第二七〇條之一第三項及第三七六條之一第二項）外，就其所涉相關事項及其他各種協議之成立要件、可能有之內容範圍、態樣或效力等項，並未分別詳予定明。因此，其值得探討之相關問題不少，以下試舉其中若干事項為例示說明。

①在協議之內容係使當事人負某程度之訴訟促進義務（協力迅速進行訴訟之義務）時，多可解為當事人之主要目的為平衡追求程序利益，而附帶節省司法資源以謀求公益維護層面上訴訟經濟。例如，爭點簡化協議或證據保全程序上協議之內容係限縮某一事實上，證據上爭點、就某事實為自認或選定某專家為鑑定人或仲裁鑑定人、約定一造當事人應將某證據予以保存、提出或就某事實之證明僅使用某證據方法時（成立保存、提出或排除某證據方法之協議），或在兩造成立由受命法官調查證據之協議時，此類協議之內容多可被理解為當事人係指向於平衡追求實體利益及程序利益，企盼在此二利益之平衡上確定真實、尋求「法」之所在，而不執意於追求客觀真實或貫徹客觀實體法。又如，在當事人係以仲裁協議或不起訴契約為證據保全程序上協議之內容時，亦可理解為係有意循裁判外紛爭解決方式尋求「法」之所在，而指向於節省司法資源、優先追求程序利益。從而，今後之民事程序法學，宜以新法增設多種程序上協議為契機，重新省思事實審理目的論及訴訟制度目的論。亦即研究：向來德、日等國學界所持通說而被我國部分論者照樣沿用之客觀真實說、權利保護說或紛爭解決說<sup>197</sup>，在程序協議被新法肯認或期待達成之狀態

<sup>197</sup> 沿用此類學說而未與我國法上立論相較者有如：參照「民事訴訟之目的」（見註16）一九三頁內註32所列者、陳榮宗＝林慶苗・民事訴

下，尚具何程度之妥當性、是否不足以理解新法之走向？此事能否在各種協議之應用過程獲致相當之驗證？到底諸訴訟制度目的論之何者，較能落實或貫徹憲法所認價值理念，而引領訴訟理論之開展或審判實務之變革？

②程序上協議既係程序處分權之行使結果，則在當事人有程序處分權，而受處分權主義、辯論主義支配之事項範圍內，均可能成立協議。亦即，在該範圍內，協議不僅可成立於上開新法所明定之場合，亦可成立於新法所未明定之其他場合（如：在法院所行程序以外之一般交易社會上、第四〇六條之一所適用之簡易庭法官或調解委員所行調解程序、依仲裁法由仲裁庭所行仲裁程序或調解程序）。<sup>198</sup> 並且，從如何貫徹適時審判請求權之法理而言，容許兩造當事人成立爭點簡化協議，實亦同時意味保障兩造共享程序利益，而賦予兩造機會，俾其用以共同決定如何促成適時、適式審判之機會。由於依該法理，法官負有為適時、適式審判之職責，自亦應儘可能善為行使訴訟指揮權、闡明權，對兩造提供有助於達成上開協議之資訊（如：分析所涉實體利害及程序利害）。<sup>199</sup> 又，就上開協議與新法所採適時提出主義之適用上關係而言，該協議之容許，係意指承認兩造得在一定範圍內，藉該協議之達成，參與促使第一九六條第一項所謂「適當時期」具體

訟法（上）（二〇〇一年）五頁以下、姜世明・新民事證據法論（二〇〇二年）一五〇頁、同「建構及解釋適用民事訴訟法之基本考量要素」（月旦法學教室一九期，二〇〇四年）七六頁。

<sup>198</sup> 於新法尚未制訂施行以前，筆者即主張：應依程序處分權之法理，在處分權主義及辯論主義所支配之範圍內，從解釋論上承認爭點簡化（限縮）協議之成立可能。請參照「司法現代化」（見註7）二三七頁。

<sup>199</sup> 此事與心證公開論之關係，請參照「心證公開論」（見註76）一六七頁。

化。循此，今後宜探討：尚可能在新法未明定之何種場合，成立何等程序上協議？其中是否包含試驗訴訟或示範訴訟之協議（契約）在內？<sup>200</sup> 此類協議之容許性及成立可能範圍，是否因新法增設證據保全程序上協議之故，已被更加增大？是否宜認為，此項增大係導自於程序利益保護原則？又，何種事項或事件類型不應該當於可成立程序上協議？例如，就法定訴訟擔當團體始得適格起訴之生活妨害制止請求事件（第四四條之三、消費者保護法第五三條），為保護集團利益之必要，得有效成立程序上協議之範圍是否應受相當之減縮？為此，應如何形成相關判例法？

③容許成立程序上協議，實即容許當事人在一定範圍內，可合意改變現行之程序法上一般規定或不必予以嚴格遵守，並要求受訴法院尊重該協議之內容。其結果，在該容許之範圍內，向來所認任意訴訟禁止（程序法定）原則已受相應之修正，而導致程序上規制之鬆綁。<sup>201</sup> 因此，且鑑於該項協議之內容係由當事人之程序處分行為所主導、決定，今後值得研究：法定程序規制之鬆綁，有無必要或能否更明確劃定界限？因程序法定原則之適用所受維護之公益究何所指？其所謂公益之判定，是否應更周全考量如何保護當事人之利益？向來之民事訴訟法上規定被列屬強制法規者（如：有關專屬管轄、法院之組成、法官之迴避、法庭公開審理等事項之規定，參照第四六九條第一款至第三款、第五款、

第四九六條第一項第三款、第四款），在選用法庭不公開、委由受命法官調查證據或選定法官審判等類協議已為新法所容認之今日，是否亦應修正向來有關該等規定之解釋論或立法論，而縮小其該當、適用之範圍？<sup>202</sup> 在此種意義上、範圍內，第一九七條第二項所定訴訟程序之規定「非僅為當事人之利益而設者」一語，是否應為不同於向來一般論者之解釋，而修正其予以狹義視之解釋論？倘可肯定上述規制之鬆綁，則是否意味新法具相當之獨特性，而某程度將導致繼受自德、日之舊法制逐漸發生解體現象？

④由於新法雖明文容許諸程序上協議，卻未就每一種協議之成立要件、內容態樣、法律效果或效力如何發生、喪失等事項分別或統一詳加規定，所以今後尚需面對、克服之課題是：研究、探討應如何處理有關該等事項之問題？其相關問題之解決，有無應依循之原則或基本方針？須否回應或滿足何項訴訟法上要求？更具體言之，在新法已有所明定之情形，就其明定之事項，固然尚應就各該規定之內容，探討：其在今後各應如何適用、如何開展相關之解釋論？如何藉此落實程序上協議之制度目的？僅憑解釋論有何未能克服之問題？為此宜如何重新建構立法論？例如，

200 關於試驗訴訟或示範訴訟契約之容許可能性及所涉問題，請參照「司法現代化」（見註7）一六七頁；沈冠伶「示範訴訟契約之研究」（台大法學論叢三三卷六期，二〇〇四年）七七頁以下。

201 筆者曾指明：在保護當事人之程序利益及貫徹程序選擇權之法理所必要之範圍內，應重新檢視向來所認程序法定（任意訴訟禁止）原則所具妥當性或適度修正其適用範圍。關於此，請參照「程序選擇權」（見註9）三四頁、七二頁至七三頁。

202 例如：在受訴法院依兩造合意於公開法庭以外場所，進行本案辯論、審理而下本案判決以後，是否不應認為該判決有程序上瑕疵而違法？在容認如此解釋之情形，向來有關第四六九條第五款之解釋論是否應有所修正？又如，在法官有第三二條各款所列情形之一，卻未自行迴避，而依兩造合意進行本案審理並下判決時，是否不應認為該判決有第四六九條第二款或第四九六條第一項第四款所定「應迴避之法官參與裁判」之違法？為賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，是否亦宜從解釋論上或立法論上，在一定範圍內，容許當事人合意變更專屬管轄？

就總額給付協議之成立要件及效力而言，應依第四四條之一第二項之規定，提出選定人全體所具表明願由法院判定應給付總額及其分配方法之書狀，其訴之聲明始對受訴法院發生限定審判範圍及提示裁判形式之效力；並依其制度設立之旨趣，將該協議定性為程序選擇契約以開展解釋論。<sup>203</sup>就爭點簡化協議而言，應依第二七〇條之一第三項之規定決定其效力，並在事後兩造有合意、不可歸責於當事人之事由或顯失公平等類情形時，容許變更協議之內容；且著眼於該協議事項本屬當事人得為程序處分之事項，就其相關事實上爭點之形成及審理，適用辯論主義及舉證責任分配之規定或法理<sup>204</sup>，所以不宜僅依向來用以處理一般訴訟契約之法理，解決該類情形所引發之爭議問題，尤不應逕將無如我國新法明設上開協議程序及相關規定下所形成之外國學說，照樣套用為我國新法下之解釋論。<sup>205</sup>就一造當事人為自認後，與他造成立合意予以撤銷之情形而言，應適用第二七九條第三項之規定承認該項撤銷之效力，不宜照樣援用無如同項明文之外國法下解釋論為處理。<sup>206</sup>就證據保全程序上協議係仲裁協議之情形而言，應再

203 併請參照註 190 之說明。

204 關於爭點簡化協議之效力所涉問題，併請參照「運用方針」（見註 46）九六頁以下。

205 在新法施行後，置未深論其增設爭點簡化協議程序之意旨及其所及於向來訴訟契約論之影響，而逕引用德國法上論說於我國，且認為應依職權調查認定訴訟契約之合法性者有：姜世明「訴訟行為論」（月旦法學教室二十八期，二〇〇五年）六八頁以下。

206 新法容許自認人在取得他造同意時，得撤銷自認（第二七九條第三項），係具有將自認定性為一種意思表示（程序處分行為）之意義，而與新法容許當事人成立爭點簡化協議，均導自程序選擇權之法理，並認知信賴真實主義。有關此方面新法之評述及其與德、日等國法之不同，請參照「程序選擇權」（見註 9）七〇頁；「民訴研討(九)」（見註 6）一七五頁以下；「民訴研討(四)」（見註 6）三七〇頁以下。

適用仲裁法之相關規定或其他仲裁法理，處理該協議所涉問題。<sup>207</sup>就兩造於證據保全程序上或爭點整理程序上合意選定法官審判之情形而言，應適用民事訴訟法合意選定法官審判暫行條例之相關規定，而不得就其設有明文規範之事項，逕引據處理一般訴訟契約時所適用之法理。

至於在新法雖採認程序上協議卻未同時併以明文規範相關事項之情形，則應本於其增設程序上協議之意旨、目的，從如何發揮各該協議之應有機能，以平衡保護實體利益及程序利益，而貫徹程序選擇權之法理等觀點，著手處理關涉該協議之問題事項，而探討：如何為合目的性之法律解釋、適用？此際，向來一般訴訟契約論植基於處分權主義及辯論主義所闡述之處理模式，與上開程序上協議之採認具有相通之法理依據者，在與新法之意旨能相容之範圍內，亦可予以參考納入。諸如：在兩造成立爭點簡化協議而約定就某事實之證明僅使用一造所保存某證據方法（證據保存・排除協議）時，應將此項證據契約亦定性為程序選擇契約之一種，而承認其對當事人及法院發生拘束力，並於該造當事人拒不或未依約提出證據之情形，逕以其違反該協議所伴生自律性協力義務為由予以制裁（使其負契約法上妨礙證明之責任），而不應先依有關證明妨礙抑制義務（強制性協力義務）之規定（第二八二條之一第一項）為處理，以免因其所定要件（證明妨礙行為是否出於故意等法定要件）有無具備之審理伴生過度之程序上不利。又，在兩造成立之證據保全程序上協議係仲裁鑑定協

207 關於仲裁協議所涉有關協議存否之抗辯、意思表示有瑕疵、無效、失效、履行不能或個別非正式仲裁協議之效力等問題之探討，請參照「仲裁契約」（見 51）二一三至二三四頁、二五一至二五三頁；「運用方針」（見註 46）一〇八頁。

議時，為處理有關該協議效力之問題，應著眼於此種協議具有解決紛爭、避免紛爭擴大及預防訴訟提起等機能，而從如何促使此類機能充分發揮之觀點，進行相關法律之解釋、適用。其結果，該類問題之處理、解決，應在不預想必有本案訴訟提起之前提下

208 關於第二八二條之一第一項規定所認證明妨礙法理之適用，如何關涉爭點整理程序、爭點簡化協議及證據保存、排除協議等問題，在民事訴訟法研究會第九十次研討會，筆者曾闡述如下觀點，並指明其相關之研究課題：

(1)宜從新法改採爭點集中審理主義及法官主導型爭點整理程序之觀點，探討如何適用第二八二條之一所認證明妨礙法理，及應如何解釋同條所定「該證據之主張」及「應證之事實」等內容之含意。在尚未踐行爭點整理以前，不應或多不宜處理如何適用同條項所定事項。為此，應留意：如何適用第二八二條之一第一項所定「該證據之主張」或「應證之事實」一事，係與如何行爭點整理及有無成立爭點簡化協議相關。

(2)宜亦著眼於新法期待促成爭點簡化協議之意旨，認知有關事證之自律性協力義務（伴生於爭點簡化協議之證據保存、限縮或排除義務），使其有別於第二八二條之一第一項所認強制性協力義務（證明妨礙抑制義務）。亦即，「協力義務」亦可能有伴生於爭點簡化協議之自律性協力義務；其中可能包含有關證據保存、限縮或排除之協議所伴生義務在內。為此，應探討：在新法大幅容許兩造成立「協議」之程序架構下，以成立爭點簡化協議或證據保全程序上協議（第三七六條之一）之方法，使一造當事人負有保存、提出某證據之義務時，整理並協議簡化爭點之程序是否亦可能使強制性協力義務具體化？在兩造就某證據之保存、提出成立有上開協議時，其所伴生契約上義務（證據保存義務）之違反是否可能與證明妨礙抑制義務（強制性協力義務）之違反相競合？

(3)由於證明妨礙行為之法律效果（行為人應如何受制裁）係應依妨礙行為之情狀不同為衡量、判定，所以有關如何適用證明妨礙法理（是否該當於第二八二條之一第一項所定要件）之審理，較諸有關一造當事人有無違反爭點簡化協議（於此特別指上開證據保存、排除義務）之審理，往往伴生更多程序上不利益。因此，為貫徹程序利益保護原則，應致力促成該協議，並以此為基礎，調查證據、認定事實。

從事，而不宜僅寄望或多託付於本案訴訟程序，藉以儘可能避免因本案訴訟程序之利用（民事訴訟法上相關規定之準用或類推適用）伴生過度之程序上不利益（如：經由仲裁法上相關規定之準用或類推適用所可能防免伴生之不利益）。<sup>209</sup>此外，在兩造於證據保全程序上成立不起訴協議之情形，有關該協議有無瑕疵（如：成立該協議之意思表示是否受詐欺、脅迫或有無通謀虛偽意思表示等情事）之審理，亦應依循程序利益保護原則為之，始符新法容許成立該協議之目的、意旨。<sup>210</sup>

當事人以意思表示成立程序上協議之程序處分行為，不論於訴訟繫屬之前或後、在訴訟程序外或程序上所為（如：證據保全程序上、仲裁程序上、調解程序上或本案訴訟提起後之爭點整理程序上、勸使成立訴訟上和解之程序上），均係意欲發生一定之訴訟法上效果，亦屬訴訟行為之一種。因此，其宜否適用（類推適用）民法（總則）上有關法律行為之規定、應否依所謂「民法不適用原則」為處理一事，亦屬有待究明、克服之課題，是與向來之訴訟行為論遭遇同樣之問題狀況。<sup>211</sup>亦即，由於民事訴訟法

209 關於仲裁鑑定協議之效力上問題之處理，為充分發揮仲裁鑑定協議之應有機能，有何等事例應類推適用仲裁法上相關規定，而不宜類推適用民事訴訟法上相關規定，請參照「運用方針」（見註 46）一〇五頁以下之例示說明。

210 不起訴協議（契約）所涉問題之處理，如從具備訴之利益或回應程序安定性要求等觀點為之，將較能貫徹程序利益保護原則。關於其例示說明，請參照「運用方針」（見註 46）一〇七頁。

211 此處所謂之「民法不適用原則」被認為亦屬民事訴訟法上原則之一項，但非條文中所明認者。此事涉及訴訟行為論所遭遇之問題狀況，且在學說進展之沿革、背景上，與向來如何理解民法與民事訴訟法之應然關係一事相關聯。在此方面，被認為民法不適用原則之形成背景、論據及適用上界限如下：

在十九世紀，德國之民事訴訟法學係處於轉換期。本來，其傳統上係從私法的訴權論理解民法與民事訴訟法之關係，認為民事訴訟法祇不過是民法之助法，而為其延長而已，所以在處理當事人之訴訟行為時無須特別將其與民法上法律行為相區別。可是，時至十九世紀後葉，已經察知民事訴訟法係以法院即國家機關與當事人即人民等二者之法律關係為規律對象，意識到民事訴訟法具公法性，而出現公法的訴權論。此種純理論性思考，在其背景上，實亦導因於當時之知識社會學試圖從民法學將民事訴訟法學予以獨立，而樹立其成為獨自之學問領域，終於在二十世紀前葉促成訴訟理論之發展盛況，且質疑訴訟行為適用民法之可能性，並在民事訴訟上形成所謂「民法不適用原則」，趨向於通說化。

此種通說化之見解，係舉所謂程序安定之要求作為承認民法不適用原則之論據，而使此二者相接軌。亦即，其認為：在民法上欠缺行為能力者之法律行為被認為僅屬得予撤銷，而非無效。與此相對，欠缺訴訟能力者之訴訟行為則被認為係無效，此亦屬條文上未明認之一項原則。其如此認為之理由是：訴訟程序乃由一連串訴訟行為所累積進展而成，倘解為某訴訟行為（前行行為）姑且暫屬有效，而於以該項有效為前提已為另一訴訟行為（後行行為）並進行程序以後，尚得將前行行為予以撤銷，則有害於訴訟程序之安定；並且，倘解為得附加條件或期限於訴訟行為，或解為在形成程序之訴訟行為有意思與表示不一致或意思表示有瑕疵時，該訴訟行為之效力會受影響，則將使該等訴訟行為之效力發生處於浮動狀態，必有害於訴訟程序之安定云云。

不過，上開通說化之見解，並非認為民法不適用原則不容有例外。例如，其另認為：在一定場合，亦得附條件於訴訟上請求之表明，其適例是既容許為訴之預備合併或提起預備的反訴，亦可附解除條件於訴訟上和解；並且，就與訴訟程序進行無直接關係之起訴前或訴訟外訴訟行為（如：管轄之合意、不起訴契約、仲裁契約），縱使適用民法上有關意思表示瑕疵或不一致等之規定，亦少有害於程序安定之餘地。與此相類，在訴之撤回或訴訟上和解等類不再有連串訴訟行為累積程序之情形，亦可比照上述訴訟前或訴訟外訴訟行為，採認同樣之處理方法。此外，訴訟行為違反強制、禁止規定者亦屬無效，且亦適用誠信原則或權利濫用禁止之法理。

有鑑於向來就民法不適用原則亦承認其有例外，而尚需將訴訟行為區分為應適用該原則者與非然者，晚近之訴訟行為論已呈現重新檢討該原則之情勢動向，而漸放棄就訴訟行為採用予以一般化一概處理之態度，改認為應針對各種訴訟行為，斟酌其特質，以取捨決定應如何適用民法上相關規定。接著，此類新說對於德國學說上主張：應將訴訟行為區分成取效行為及與效行為等二類，前者指聲明、主張、舉證等類以要求法院作成一定裁判為目的者而言，就此，由於其尚未發生效力，所以當事人可自由予以撤回；如其未經撤回，則法院應評價其是否合法及有無理由，然後以裁判予以回應；至於以直接發生訴訟上效果為目的之其他訴訟行為則稱為與效行為，就此，法院僅評價其屬有效或無效，而無需以裁判予以回應云云之見解，又加批評，而認為：此項見解雖具某程度之實踐性作用，但其所示區分標準尚不盡明確，所以仍宜針對訴訟行為之類別不同，分別依其特質判定是否容許撤回或為其他處理。關於此，請參照山本克己「訴訟行為——訴訟行為には民法の規定は適用にならない」（法学教室一六八号，一九九四年）三三頁以下；河野正憲・當事者行為の法的構造（一九八八年）三頁以下；松本博之「當事者の訴訟行為と意思瑕疵」（講座民事訴訟4，一九八五年）二八三頁以下；雷萬來「論訴訟行為的特質與意思的瑕疵」〔「民訴研討」〕（見註6）二九九頁以下。

綜觀上開爭論之過程，可得察知其並未充分認知程序利益保護原則（即應保護當事人程序利益及程序主體權之觀點），以致在其主張有關當事人訴訟行為之處理應回應程序安定之要求時，尚未能深入析明：此項要求所保護之利益兼含有指向於保護私益即當事人應享程序利益者（因程序安定之謀求所導致當事人勞費負擔之減免），及指向於公益維護層面者（因程序安定之謀求導致納稅人整體蒙受之訴訟經濟）。事實上，在認為宜著重前者始足以貫徹程序利益保護原則時，通常將導致當事人被寬容得為撤回或其他程序處分行為之結論，終使有關訴訟行為之立法論或解釋論有所轉向或產生質變。此從我國新法增訂明文既容許自認人於獲得對造同意時得撤銷自認（第二七九條第三項），亦容許已成立某爭點簡化協議之兩造得合意變更已形成之爭點主張（第二七〇條之一第三項）等走向觀之，亦可瞭然。此時所謂程序安定之要求，係被用以指向於保護當事人之程序利益，所以應併依循或退讓於程序利益保護原則，而容許兩造當事人行使程序處分權以取捨決定就何事項（事實主張）、在何範圍內，要將程序維持至何

不論新法或舊法，就一般訴訟行為或程序上協議，除部分條文就特定事項為明定（如：第二六二條就訴之撤回、第二七〇條之一第三項就爭點之變更、第二七九條第三項就自認之撤銷所設條文）外，並未設通則明定可否撤回、撤銷、附加條件或期限等事，所以應探討在協議之意思表示有瑕疵或不一致等類情事時，該協議之效力是否受影響？此影響發生於何時點或程序階段、所及範圍為何？該意思表示可否撤回、附加條件或期限？協議有違反強制、禁止規定之情事時，是否應認其為無效？協議時是否亦不得有權利濫用或違反誠實信用原則之情事？

由於上開問題係有關程序上協議應如何成立、發生效力等類事項，所以其處理應指向於貫徹、實現新法採認程序上協議之前述立法意旨、制度目的，而依循程序利益保護原則。為此，上開問題之處理不得違反程序安定之要求，而此項要求所保護之利益係兼含有公益維護面向者（全國納稅人即訴訟制度設立者因程序安定導致訴訟更經濟、司法資源更節省時所享有之利益）及私益保護面向者（因程序安定所導致當事人享有之程序利益），是均屬程序上協議之制度採認及實際上達成所要兼顧、追求之利益。

程度之安定狀態。於此，準以處理有關訴訟行為（如：程序上協議）具何效力之準則，主要係得自訴訟法上觀點即程序利益保護原則（程序選擇權及程序利益應受平衡兼顧之觀點），既非以公益維護層面上訴訟經濟之優先謀求為著眼點，亦不刻意強使當事人優先追求實體利益或確定客觀真實。循此而論，例如，似亦可認為：在當事人向受訴法院提示某權利為訴訟標的之表明，係基於兩造選擇以該權利為訴訟標的之合意時，有關此項訴訟上請求之聲明，縱認其屬所謂取效行為，在未獲被告同意以前，應亦不容許原告自由予以撤回，是與原告未有該種合意時之聲明應為不同之處理或具不盡相同之效力（併參照第二六二條）。此時所謂程序安定之要求，係以對造當事人所享程序利益之保護為主要著眼點，尚非以謀求公益維護層面上訴訟經濟為目的。

並且，新法容許成立之程序上協議，可能有多種內容而涉及性質不一之程序事項；其成立之時點不一，既可能於起訴前、訴訟外，亦可能於起訴後之爭點整理階段、證據調查階段或辯論程序上。因此，於處理上開問題之際，應審酌各該協議之態樣不同、成立時點之前後不同、所涉事項之差異性或特殊性等，以判定各該行為是否有效、應否以裁判回應、可否撤回、撤銷或附加條件、期限等，既不宜一概認為均應依「民法不適用原則」為處理，而毫無承認其例外之必要或可能，亦不宜如向來德、日部分論者般僅將當事人之訴訟行為區為取效行為及與效行為，而認為：法院就前者（如其中之聲明）應判斷其是否合法及有無理由，然後以裁判回應之，且在法院為裁判前不即發生效力，所以原則上可自由撤回取效行為；另一方面，法院就與效行為僅評價其為有效或無效，不必以裁判為回應云云。其結果，今後應探討：關於各種程序上協議所涉上列諸問題事項，究應依個別具體之案情狀況如何形成判例法？宜否以程序上協議之新法上大幅採認為契機，省思其走向可能及於訴訟行為論之影響？向來處理訴訟行為具何效力及其意思瑕疵等問題時所援用之程序安定或程序信賴保護等要求，從各該程序上協議可能涉及多樣個別情狀而言，何部分係偏重於保護當事人應享之程序利益者；何部分係指向於維護公益者？<sup>212</sup> 有關該類問題之爭執，應依何項審理原則為審理？<sup>213</sup>

212 與此相關之問題指明及探討，請參照筆者在民事訴訟法研究會第八十二次研討會之發言，載於「民訴研討(四)」(見註6)三七一頁以下。

213 此即應探討：如何依各該爭執所涉程序上協議事項之性質、目的上不同（如：有關管轄之合意、選定法官審判之合意、選擇審判權行使法院之合意、使一造放棄棄訴權之合意、承認得為濫訴之合意或爭點簡化協議等相互間之性質、目的上不同），判定其屬職權顧慮事項或抗辯事實？宜適用辯論主義或職權探知主義為事證之提出、蒐集？與此相

## (2)協力義務附和於他造自律性請求者

## (a)延滯理由說明聲請權之訴訟促進機能

在一造當事人不依規定提出書狀或聲明證據，或書狀提出或證據聲明之記載不完全時，新法賦予他造當事人有權向受訴法院聲請命該當事人即延滯提出者以書狀說明理由（第二六八條之二第一項）。此項規定課該延滯提出者負說明義務之同時，亦承認他造當事人有延滯理由說明聲請權，而責由法院裁量、判定後回應之。於此，新法之立法者雖尚非承認該他造當事人直接對延滯提出者有延滯理由說明請求權<sup>214</sup>，但係有意促使、期待該他造比向來（較諸舊法時代）更能自主、自律善用該聲請權，以協力於促進訴訟（促使善盡當事人所負一般的協力迅速進行訴訟之義務），並使自己之程序利益獲得保護。增設此項規定之立法理由謂，使當事人負協力迅速進行訴訟之義務，一方面係基於當事人間之誠實信用原則，一方面係基於對法院所負公法上義務。<sup>215</sup>就此項法理依據之表明所意圖保護之利益而言，前者應係為保護當事人之程序利益（因一造不延滯事證提出所致他造勞費付出之節省等利益），而後者則係為謀求公益維護層面上訴訟經濟（因該

類之問題，亦存在於有關訴訟要件存否之審理程序上。關於此，請參照「仲裁契約」（見註 52）二四七頁內註 30 之說明；「運用方針」（見註 46）九六頁。

214 關於此項規定之獨特性及其如何不同於日本法，請參照「機能演變」（見註 2）一三三至一三四頁內註 80 之說明；「方法論序」（見註 2）六七頁內註一四之說明。又，二〇〇三年日本再增訂新法，加重失權制裁並為此借重當事人之聲請權行使。關於此，請參照高橋宏志・前掲（見註 139）七八頁；小野瀨厚＝畑 瑞穂＝武智克典「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要(1)」（NBL七六八号，二〇〇三年）一八頁。

215 參照上述註 124。

項不延滯所致整體司法資源之節省）。在此意義上，應可評價該項新規定為，其亦有意借重延滯理由說明義務以使一造盡其所負協力義務（協力迅速進行訴訟之義務），並使他造善用延滯理由說明聲請權發揮訴訟促進之機能，係認知程序利益保護原則，而具有兼採職權進行主義及當事人進行主義之意涵，值得受相當之肯定。抑且，由於上開聲請權之賦予，係有助於防止發生促進訴訟的突襲，亦屬程序權保障之擴充，而為程序利益歸屬主體所應享程序主體地位之強化，所以其亦被期待出於自主、自律之態度、立場，平衡追求程序利益，並協力於促進訴訟。

基上認識，依程序利益保護原則，應理解為：上開新法係要求當事人在兩造相互間，經由取捨決定是否行使延滯理由說明聲請權，各就對造程序利益之追求、保護，採取更加尊重之態度，彼此自行規律。從此角度而言，新法雖在一定範圍內，僅承認當事人各有指向於法院之聲請權並課延滯提出者對法院負有說明義務，而未逕認兩造間互有延滯理由說明請求權或互負說明義務，但較諸往昔，新法已然更加強化兩造間之互動關係並重視相互協力之必要性。因此，以此項變革為契機，今後直接續於新法走向，探討：是否應將民事訴訟程序上關係理解為法律關係？就訴訟法律關係，應否將其理解或定位為某程度亦屬兩造當事人間之相互關係，而非僅屬法院即國家機關與當事人即人民間之關係而已？為此，是否應從程序利益保護之觀點即訴訟法上觀點肯認該項兩造間相互關係，而不宜僅立足於實體法上觀點或謀求公益維護層面上訴訟經濟之觀點為思考？其結果，向來探討訴訟法律關係之學說理論，是否應有所修正？<sup>216</sup>

216 此項評論觀點之提示，亦有意喚起嘗試批判德國之傳統上訴訟法理論是否過度偏重於將訴訟上關係從公法上理解為法院即國家機關與當事

循上而論，為落實上開新法之意旨，應探討：上開延滯理由說明聲請權宜如何行使、其相關規定應如何解釋適用，以及其應有之配套措施宜如何充實等問題？事實上，由於有關上開延滯理由說明聲請權如何行使以及延滯理由說明義務應如何克盡等事項，新法並未再加明確規定，所以新法意旨之落實，尚有待於今後在訴訟審判實務上形成判例法或運作慣行，乃屬宜依具體案情、個別事項為處理之問題。此事亦關涉新法所採訴訟架構，宜有下述之認知：

①在新法採適時提出主義之架構下，在何情況下始可認為一造應負延滯理由說明義務及容認他造之延滯理由說明聲請權，係亦屬有關當事人應於「適當時期」為提出之行為規範及行為責任應如何明確化、具體化之問題，所以尚需借重訴訟指揮權（闡明權）之行使善為整理爭點，始能濟事。<sup>217</sup>為此，新法規定，對於違反說明義務之一造當事人，法院得準用有關失權制裁之規定或於判決時依全辯論意旨斟酌之（第二六八條之二第二項），賦予其有相當之裁量權，並不使說明義務之違反與失權之制裁等二者發生必然之結合關係。因此，他造當事人行使延滯理由說明聲請權，具有促使法院發動該裁量權之作用，藉此可增進失權制裁之

制度機能更加活性化，實質上發揮促成審理集中化之機能，而彌補法官怠於厲行審理集中化措施者之缺失。從此而言，應探討：如何激發當事人自主、自律協同法官踐行爭點整理程序而行使上開聲請權，以使兩造相互督促，並促使法官更能尊重、保護他造當事人之程序利益，而致力貫徹促進訴訟之要求？

上開立論，亦適用於如何促使當事人克盡其依新法在第二審程序負有說明義務之情形。亦即，在第二審程序，依新法另增訂之規定，法院為判斷應否或如何限制當事人之更新權時（在適用第四四七條第一項第五款、第六款、第三項及第四六三條準用第二六八條之二等規定時），或為判斷上訴人及被上訴人未依法院所命提出上訴理由書、答辯狀或相關意見者，應如何負說明義務及受失權制裁時（在適用第四四四條之一第四項、第五項等規定時），亦宜儘可能借重他造當事人扮演促使法院發動上開裁量權之角色，以收增進審理集中化之成效。因為此等有關第二審程序之新規定，亦係為便利整理爭點、促使當事人善盡其協力迅速進行訴訟之義務而增設，立法之目的相同。

②為激發當事人自立、自律妥適行使延滯理由說明聲請權，以充分發揮其促成審理集中化之機能，一方面應探討：如何防免該聲請權遭誤用、濫用？如何使當事人認明聲請權之行使可能發生之法律效果？如何使有關此項法律效果之行為規範更加明確化，以便當事人取捨決定如何行使聲請權？一方面則應探討：有何可能導致消極不善盡或拒不克盡說明義務之因素？如何減少或排除此類因素產生負面作用？其中，就該聲請權行使之法律效果而言，由於其係與如何對違反說明義務者施加制裁一事相關涉，而此項制裁係以應負行為責任之當事人為規範對象，所以在聲請權之行使或負說明義務者之說明所指涉之事項係應適用辯論主義

人即私人間之關係？其從同方向對訴訟經濟之要求所為理解，是否含有未能充分認知程序利益保護原則之缺失？在此方面，雖非立足於程序利益保護論之觀點，但就相關問題為整理者有：河野正憲「新民事訴訟法の理念とその実現（司法研修所論集九七号，一九九七年）三一八頁以下；高田昌宏「民事訴訟における訴訟経済について」（早稲田法学六二卷四号，一九八七年）三九頁以下。

217 關於所謂「適當時期」應如何具體、明確化之問題處理，請參照「方法論序」（見註2）六一頁以下；「心證公開論」（見註76）一六八頁以下。

或屬抗辯事項之情形，似宜認為其屬可能逕適用失權規定（依第二六八條之二第二項前段準用第二七六條）之範圍。至於在聲請權之行使或負說明義務者之說明係指涉職權調查（顧慮）事項且應適用職權探知主義之情形，則宜認為其僅可能發生由法院於全辯論意旨中加以斟酌之效果（依第二六八條之二第二項後段適用第二二二條第一項）。為此，今後之判例法形成，似宜在此認知下，先行辨識、判定所涉對象事項究屬其中之何種情形，以及是否為當事人本人訴訟，其有無足可理解應如何就爭點整理結果負行為責任之知識能力等事項。

尤其，為促使善用延滯理由說明聲請權或克盡說明義務，以充分發揮上開促成審理審中化之機能，亦應借重律師之功能發揮。因為，律師亦負有促進訴訟、保護當事人程序利益之義務，應致力防止促進訴訟的突襲，<sup>218</sup> 在新法已改採爭點集中審理主義之今日，律師更被期待、要求善盡該項義務。況且，由於新法採律師代理之原則於下級審（第六八條第一項）、又採律師強制代理主義於第三審（第四六六條之一）時，亦以保護當事人權為立法理由，此亦顯示其較舊法時代更重視律師扮演訟爭預防者之角色，而要求借重律師發揮促進訴訟、保護程序利益（如：因避免提起不必要之訴訟或上訴、防止爭點擴散所獲利益）等功能。<sup>219</sup> 又鑑於在本案審判過程及爭點整理程序，法與事實常牽扯難

<sup>218</sup> 參照「司法現代化」（見註 7）二三三頁以下。

<sup>219</sup> 新法採行律師代理原則於下級審時所持理由謂：「現行法規定，非律師而為訴訟代理人者，法院得以裁定禁止之。實務上以裁定禁止非律師為訴訟代理人者，並不多見，致效果不彰。而民事訴訟較具技術性，無法律素養之人代理訴訟行為，實不易勝任，為保護當事人權，並使訴訟程序得以順利進行，訴訟代理人原則上應委任律師為之。」又，採律師代理強制主義於第三審時所持理由謂：「第三審係法律審，上

分，為妥適整理爭點，有需借重律師居於訴訟代理人之地位參與其事，所以應理解為：新法係期待、要求律師，就延滯理由說明聲請權之妥當行使或說明義務之履行，亦應採取更積極的態度以發揮上開功能。否則，其如有所懈怠，可能被評價為違反程序利益保護義務或訴訟促進義務。

基上認知：今後應面對的課題是：為督促律師克盡上開義務，應如何增修律師倫理規範及懲戒相關規定？其中，宜如何處理律師怠於或濫用上開聲請權或未盡該說明義務之行為（如：負說明義務者所委任之律師拒不依法院之命為說明、未充分說明理由或其說明內容不成其為理由之情形）？又，宜如何設法防止律師間出於同業意識為相互袒護，而恣意或擅自不為該聲請權之行使，或不促使法院發動裁量權對違反說明義務之對造當事人施加失權制裁？再者，因該聲請權之懈怠行使或說明義務之不履行所致損失（程序上不利利益），從爭點整理之過程及結果為客觀評價後，可認為有關事證提出之行為規範已明確化，行為責任已具體化時，是否宜在一定範圍內，使受任為訴訟代理人之律師負一定之專家責任？此項責任，是否亦含民事賠償責任在內？此項責任，是否宜由違反程序利益保護義務之律師對其委任人即當事人本人負擔？於此，想併強調的是：立足於以上觀點思考如何嘗試變革律師制度或訴訟代理制度，較諸不然之情形，將更能喚起律

訴理由必須具體指摘第二審判決有如何違背法令之情形，一般當事人恆難妥適為之，故為貫徹第三審法律審之功能，並保障當事人權，本法已明定第三審上訴採律師強制代理制度。」〔參照「修正彙編（十八）」（見註 1）六六八頁、八五〇頁〕。其中所謂「當事人權」係包含程序利益在內，譬如：因避免提起不必要之訴訟或上訴、防止爭點擴散所獲利益均屬之。

師自律或經由律師團體之協力，厲行意識變革及業務執行態度之改善。此方面之努力，對於貫徹促進訴訟之要求、程序利益保護原則，並提昇律師間互信之程度及其受社會廣眾信賴之程度，而實證律師在社會上之存在價值等事，應屬必要而有益。<sup>220</sup>

(b)發問制止聲請權之訴訟促進機能

以上有關如何借重延滯理由說明聲請權及其課題為何之闡述，亦多可用以論評有關證人之發問制止聲請權宜如何發揮應有機能等類問題。亦即，新法在賦予當事人對證人有發問權之同時（第三二〇條第一項），亦承認一造當事人就他造所為發問權行使有相當之發問制止聲請權（同條第三項）。該發問權之賦予，係以發現真實並保障此目的之達成所需程序權為立法理由；而該發問制止聲請權之承認，則以維持訴訟秩序以促進訴訟為立法理由。<sup>221</sup>此等立法理由，如就其指向保護之當事人所享利益而言，係一方面賦予該發問權歸屬主體即當事人有追求或受保護系爭實體利益（因客觀真實之發現、確定所獲利益）之機會，一方面承認該發問制止聲請權歸屬主體即當事人亦有追求或受保護程序利益（因無實益之發問遭制止所獲致勞費節省或身心苦痛減免）之機會。因為，就後者而言，與應證事實無關之發問或重複發問等

情事，均可能造成不必要、無實益之勞費付出或心理上、精神上苦痛、不愉等類程序上不利益，倘被寬容或不予制止發生，將背反訴訟促進之要求及程序利益保護原則。準此，新法承認發問制止聲請權以因應該類情事發生，實即認知該聲請權之行使具促進訴訟、追求程序利益等機能，亦為防止發生促進訴訟的突襲、賦予可資達成迅速、經濟的裁判之程序權保障，應值肯定評價。

問題是，究宜如何激發當事人自立、自律妥適行使該項聲請權，以充分發揮上開機能而促成爭點集中審理？此問題之處理，亦須面對類如前述就延滯理由說明聲請權之行使，如何借重律師發揮功能以促進訴訟、保護程序利益及如何促使律師克盡此方面義務等課題，在採行爭點集中審理主義及適時提出主義之訴訟架構下，尚有賴於依循其要求變革律師之意識，並充實相關制度。此外，亦應充實律師研習教育之內容，以使律師具備可資善用上開發問制止聲請權之知識、能力。此亦即參與協同整理爭點、調查證據（訊問證人）等程序所需知識、能力（併參照第二八五條第一項、第二九六條之一及第二九八條）。因為，與應證事實無關之發問，縱使其獲得證言，亦非屬事實認定所需者，徒生非必要、不應有之程序上不利益而已。此類發問常亦導因於發問人不深諳有關應證事實（事實上爭點，即兩造所爭執對事實認定有必要且具關連性之主要事實、間接事實、補助事實或此等事實之反對事實）之釐清及應訊問事項之表明所需知能、技巧或法則，其傳授、歷練唯賴有關爭點整理及事實認定之實務研習教育充實，始克為功，卻為向來所忽略、漠視。又，是否為重複發問，係應依所問事項，在經驗法則上是否與事實上爭點具有關連性為實質上判斷，而非取決於外觀形式上有無重複之情事。而且，此項關連性之有無，在有需綜合多項間接事實為複合推認之場合，更需

220 雖非併從如何貫徹程序利益保護原則之觀點立言，論者亦強調應經由律師之意識變革及其業務態樣之改善等方面之努力，以厲行延滯理由說明請求權為手段，達成促進訴訟之要求、確保社會對律師之信賴；並且律師應將其自身能如此致力變革訴訟文化引為自豪，而不宜為此僅仰賴法官多適用失權制裁規定。關於此，參照新堂幸司「今回の日本民事訴訟法改正について」（同・民事訴訟法の基礎，一九九八年）序及三九一頁；高橋宏志「新民事訴訟法と弁護士倫理」（NBL六三八号，一九九八年）九頁以下；鈴木正裕・前掲（見註165）六六頁。

221 參照「修正彙編(四)」(見註1)一一八一頁以下。

就證言涉及該多項事實之細部者為再審問，以便進行複合推認而形成心證。為此，上開研習教育之充實，對於取捨決定如何行使有關制止重複發問之聲請權及判斷此項行使有無理由，亦屬不可欠缺。

## (二) 事案解明協力義務之認否爭議

### 1. 事案解明協力義務之新法上承認

關於本案判決所需事實、證據之提出或蒐集，應如何在兩造當事人間劃定權能界限、分配責任範圍，新法增設多項相關規定，課一造對他造負一定之事案解明協力義務。此類規定中，亦有屬於同時課當事人負訴訟促進義務者，例如有關加重陳述義務（第一九五條第二項、第二六六條）、要求證據聲明者表明應證事實（第二八五條第一項）、要求一造協助他造表明其聲請提出之文書及其內容（第三四二條第三項）、擴充當事人所負文書提出義務之範圍並充實其他事證蒐集手段（第三四四條第一項第五款、第二項、第三四五條第一項、第三六七條之一、第三六七條及第三六八條）等事項之規定均屬之。其增修之立法理由，已如前述（請回顧「叁、一、(一) 1.」及其相關註釋之說明）。此外，有關兩造間事案解明協力義務之增修規定，尚有調整舉證責任分配（第二七七條但書）及明認一般性證明妨礙法理而課當事人互負證明妨礙抑制義務（第二八二條之一第一項）<sup>222</sup>等規定。其立法理由謂：『……現行法就舉證責任之分配，於本條設有原則性之概括規定，在適用上固有標準可循。惟關於舉證責任之分配情

形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰……規定「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」<sup>223</sup>；「當事人以不正當手段妨礙他造之舉證活動者，例如故意將證據滅失、隱匿或有其他致礙難使用之情事，顯然違反誠信原則；為防杜當事人利用此等不正當手段以取得有利之訴訟結果，並顧及當事人間之公平，爰增設本條，於第一項規定，當事人有妨礙他造舉證之行為者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實；即法院得審酌當事人妨礙他造舉證之態樣、所妨礙證據之重要性等情形，依自由心證認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁。」<sup>224</sup>。

綜觀上開新法之意旨，可察知其係依循誠信原則，並為謀求兩造間公平或平等<sup>225</sup>，遂在一定範圍內、要件下，要求一造對他造負事案解明協力義務。此項立法係以規範當事人間之訴訟上相互關係為主要著眼點，尚非專為界定當事人與法院間之關係。從而，宜以此類新法走向為契機，再確認：訴訟法律關係亦屬兩造當事人相互間之關係，所以民事訴訟法學，除著眼於探討法院即

<sup>223</sup> 此為增修第二七七條但書時所持理由，參照「修正彙編(六)」(見註1)一五五八頁。

<sup>224</sup> 此為增訂第二八二條之一時所持理由，參照「修正彙編(六)」(見註1)一五六四頁。

<sup>225</sup> 併參照前述註126所示有關第三四二條第三項及第三四四條等規定之增修理由。

<sup>222</sup> 併參照前述註208。

國家機關與當事人即人民間之應有關係外，亦應致力於闡述或嘗試確立前導法理，以便制度設計者（立法論）或訴訟審判實務運作者（解釋論），準以從實質上公平分配當事人間在各訴訟程序階段之行為責任。

## 2. 事案解明義務論之今後

近來，於上開新法經公布施行後，受其立法走向所刺激，上開新條文內容之闡釋論者，有將德國學界所倡事案解明義務論引進於我國之動向，而主張應解為當事人負一般性事案解明義務<sup>226</sup>，以致引發相當之討論<sup>227</sup>，肯、否說俱呈。<sup>228</sup>其間，所顯示之主要論點是：上開新法可否據以承認，當事人不負舉證責任者負有一般性事案解明義務？該等新規定，是否僅屬有關承認個別的（限定性）事案解明義務之條文而已？一般性事案解明義務之承認，能否與民事訴訟法採辯論主義之原則相協調？又，能否與其他有關舉證責任、真實完全義務或陳述義務之規定相符合云云？要之，在我國法上，可否或應否承認不負舉證責任之一造當事人對於負舉證責任之他造，負有所謂一般性事案解明義務之問

226 沈冠伶「論民事訴訟程序中當事人之不知陳述——兼評析民事訴訟法中當事人之陳述義務與訴訟促進義務」（政大法學評論六三期，二〇〇〇年）三八六頁以下；。同「論民事訴訟法修正條文中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務」（萬國法律——一期，二〇〇〇年）四六頁。

227 參照姜世明，新民事證據法論（二〇〇四年）八頁以下、三六頁以下；同「訴訟上非負舉證責任一造當事人之事案解明義務」（二〇〇四年十二月十八日在台灣法學會所辦研討會之報告論文）

228 許士宦「文書之開示與秘匿」（台大法學論叢三二卷四期，二〇〇三年）二八一頁以下；黃國昌「事證開示義務與舉證責任」（台灣本土法學六一期，二〇〇四年）四一頁以下。

題，至今尚未解決，而仍需尋求其處理之更具體方針。意識及此，且鑑於上開我國法之規定及其相關理論闡釋具相當之獨特性，而與德、日等國之法律狀態不盡相同，所以今後似宜一併探討：該項獨特性，對於思考如何處理上開議題，具何意義、作用？亦即，此方面我國法之獨特性如下：

①就如何分配舉證責任設有明文規定（第二七七條），且經新法增訂但書如上所述。其所認舉證責任分配法則，被解為係對當事人分配其證據提出責任，而予以定性為一種兼具訴訟法屬性之行為責任，非屬德、日等國未設同樣明文於其民事訴訟法之法律狀態下所稱客觀舉證責任。<sup>229</sup>如此理解之論旨略為：在民事訴訟法明設舉證責任規範，而規定當事人就其所主張利己事實負舉證責任之原則下，應認知法律已宣明主張利己事實者（一造當事人）應提出證據為舉證活動之意旨，藉此是認舉證責任係當事人就一定事實之證明所應盡之行為責任，乃兼具訴訟法屬性者，並非針對「真偽」（存否）不明之情形示明處理原則，所以今後應以兼顧訴訟法上諸基本要求為指標，以達成民事訴訟之目的為前導，視各該待證事實之性質、事件類型之特性，具體個別較量所涉實體利益及程序利益之大小輕重，並依循實質上公平、平等、誠信原則及程序利益保護原則等相關訴訟法上要求，分配舉證責任於原告或被告。又，為防止發生突襲性裁判，法官於本案審理過程，應適時（在程序之前階段，辯論終結前）將其有關證據提出責任之判斷內容（如：有關由何造當事人就何事實負舉證責任之判斷、有關就某待證事實存在之心證已否到達證明度之判

229 請見邱聯恭「向來舉證責任論所忽略之省思觀點」〔「民訴研討會」（見註6）〕一七四以下。

斷），向當事人表明，以促使負行為責任者為充分之舉證活動。此項行為責任（證據提出責任即舉證責任）之具體內容，不論依上所示公平、平等或誠信原則之要求，或依上開新增第二七七條但書所示「顯失公平」之要件為判定、分配之結果，係可能因個別案情、應證事實之性質或事件類型之特性（如：訟爭事件究屬現代型或固有型）等不同，而有範圍廣狹、大小之差異，非可一概而論。

②有關明認一般性證明妨礙法理及證明妨礙抑制義務之規定（第二八二條之一），亦係以誠信原則及當事人間公平之要求為其法理依據。<sup>230</sup>準此為判定時，亦需兼依程序利益保護原則，審酌證明妨礙行為之態樣、所妨礙證據對應證事實（爭點事實）之重要性等類個別具體案情為之；且各該妨礙行為所生法律效果之具體內容，係由法院裁量為個別酌定，既可能轉換舉證責任，亦可能適用經驗法則、降低證明度，其所認範圍可能有廣狹之差異，亦非可一概而論。<sup>231</sup>

230 請見註 224 之說明；黃國昌「證明妨礙法理之再檢討——以美國法之發展為借鏡」（二〇〇五年二月二十日在民事訴訟法研究會第九十次研討會之報告論文）。

231 例如，借用圖表一內事件類型(2)所示 c 及 d 系列事實為分析事例而言，關於適用第二八二條之一判定證明妨礙行為之法律效果時，有下述不同之問題狀況及處理態樣：①在 X 就其所主張 d<sub>1</sub>、d<sub>2</sub> 及 d<sub>3</sub> 等事實雖均已能舉證，卻妨礙 Y 就其所主張 d<sub>1</sub> 事實之證明時，似宜認為：Y 就 d<sub>1</sub> 事實所負舉證責任（本證）轉換予 X，而 X 就 c 事實所負舉證責任（本證）則適用「因有關 d<sub>1</sub> 事實之證據對 X 不利，所以 X 才予妨礙」之經驗法則。此時，法院應將有關該舉證責任轉換及經驗法則適用之心證予以表明，依第二八二之一條第二項使當事人為辯論，然後依同條第一項認 Y 所主張有關 d<sub>1</sub> 事實之證據主張及依此證據應證之 d<sub>1</sub> 事實為真實，據此判決 X 敗訴。②在 X 就 d<sub>1</sub> 及 d<sub>2</sub> 事實已能舉證，而 Y

③就要求一造協助他造表明聲請提出文書所要事項、擴大當事人所負文書提出義務之範圍及其義務違反之法律效果等事項所設上開規定，亦係以貫徹當事人間公平、平等之要求為法理依據，並於立法理由中舉現代型訴訟事件等類證據偏在於一方之事件為例示，表明法院應衡量實際情形，依自由心證審認舉證人關於各該文書之性質、內容及其對於應證事實之重要性等，或認關於該文書真正之主張為真實，或認應證事實為真實。<sup>232</sup>因此，本

未能主張、舉證 d<sub>1</sub> 事實，且妨礙 X 使用有關 d<sub>1</sub> 之證據時，應依第二八二條之一之規定，降低證明度，而認為 X 所主張之 d<sub>1</sub> 事實為真實，並予以複合於 d<sub>1</sub> 及 d<sub>2</sub> 事實，據以推認 X 所主張之 c 事實存在，而判決 Y 敗訴。③在 X 僅能證明 d<sub>1</sub> 事實，卻未能主張、證明 d<sub>2</sub> 事實，而有關其所主張 d<sub>1</sub> 事實之證據竟遭 Y 妨礙使用時，應認為：Y 所妨礙之證據對 c 事實（應證事實）不具重要性、價值，所以法院可能以 X 未盡事實主張或證據提出責任為由，判決 X 敗訴。於此情形，尚不充足第二八二條之一第一項所定要件，以致不應據此制裁 Y。至於 Y 之妨礙行為是否該當於不當追訴行為、應否受其他制裁（如：依第八一條之規定命 Y 負擔因其妨礙行為所生費用），則屬另一問題。④在 X 僅主張、證明 d<sub>1</sub> 事實，且經爭點整理（闡明）後，仍未能主張、證明 d<sub>2</sub>、d<sub>3</sub> 事實之情況下，縱使 X 阻礙 Y 證明 d<sub>1</sub> 事實，法院亦不應適用第二八二條之一制裁 X。此時，應認為：由於尚無從因法院認 d<sub>1</sub> 事實為真實（存在），即可予以複合於 X 所主張證明之事實 d<sub>1</sub>，而推認 X 所主張之 c 事實存在，所以法院應以 X 未盡主張、證明 d<sub>2</sub>、d<sub>3</sub> 等事實之責任為由，判決 X 敗訴。⑤從 X 與其所主張 c 事實之關係而言，Y 可能妨礙 X 就該事實之證明（本證）；從 Y 就其所主張 d<sub>1</sub> 事實之證明係本證而言，亦可謂 X 可能妨礙 Y 證明 d<sub>1</sub> 事實（本證）。但如果從 Y 所主張 d<sub>1</sub> 事實之證明，對於 X 所主張 c 事實之證明係屬反證而言，亦可謂 X 可能妨礙 Y 之反證。

232 關於新法增修第三四二條及第三四四條時所表明之理由，除請回顧上述註 126 所說明部分外，於此，尚宜留意其同時又謂：「於公害、產品製造人責任、消費者保護及醫療事故損害賠償等類現代型訴訟中，文書資料常僅存於當事人之一方，並遭嚴密管理中，故他造幾不可能

此意旨為判定時，法院之裁量權行使除應依各該規定所明設要件外，尚應審酌個別具體之情狀，審酌各該文書之內容、性質及事件類型之特性，並依程序利益保護原則，斟酌各該情形對當事人所涉程序利益之大小（如：舉證人獲取其他證據方法之難易或其獲取所需勞費付出之大小、業務秘密或隱私應受保護之必要性、重大性）等事項。其結果，該項判定所認一造對他造應負文書提出協力義務（事案解明協力義務之一種態樣）之具體內容，係可能隨著具體個別案情之差異，具有廣狹不同之態樣、範圍，亦非可一概而論。

獲取該文書資料。……如一律令其表明應命提出之文書及其內容，有時確有困難。為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則……爰……明定聲請發文書提出命令之聲請人，就聲請應命提出之文書及其內容之表明顯有困難時，法院於衡量實際情形，認為適當者，得命他造為必要之協助」；「隨社會經濟狀況之變遷，公害、產品製造人責任及醫療事故損害賠償等類現代型紛爭與日俱增，於其訴訟中不乏因證據僅存在於當事人之一方，致他造當事人舉證困難之情事發生，例如：為舉證被害之因果關係或可歸責之原因，必須知悉企業者所執有關於形成公害或產品瑕疵過程之文書；或為舉證醫療過失，必須知悉醫療機構所執有之患者診療病歷等，故亦有擴大當事人文書提出義務範圍之必要，爰……規定，使當事人就其實體及程序上之法律關係、爭點、攻擊或防禦方法等與本件訴訟有關之事項所作之文書，均負有提出之義務……，為保障當事人或就文書內容之使用有利害關係之第三人之隱私或業務秘密，爰……明定……當事人得拒絕提出該文書。……」；「……於構造上證據偏於一方之訴訟，例如文書作成過程中僅有該當事人參與，且構成該文書內容之事項，又屬其支配領域下時，舉證人每無法就文書之內容為具體、特定之表明，致未能藉以證明應證事實之真偽，為期公平，並促當事人履行法院所命應提出文書之義務，……法院得依自由心證認舉證人關於該文書之性質、內容及文書成立真正之主張為真實，或認舉證人依該文書應證之事實為真實，俾對違反文書提出義務者發揮制裁之實效」。

④關於事證之蒐集、提出，如何劃分當事人（兩造）與法院等二者間之權能、責任（職責）一事，我國所採辯論主義即協同主義亦具獨特性，係不盡同於德、日等國法上所認辯論主義或協同主義及其相關闡論。<sup>233</sup> 此事，對於探討當事人兩造相互間應否負事案解明協力義務，究竟是否具有一定之意義一事，原屬尚待思考其宜否比附於德、日等國法上論述為照樣處理之問題。何況，在我國，有關處分權主義之根據論係接合延續於實體利益及程序利益兼顧論<sup>234</sup>，非全無應與德、日等國法上相關立論相評比之空間，似可藉此項評比之結果，正視其間具何差異性，而著眼於此就相關問題為不同處理。

綜上析述，可知上開規定所分別承認之事案解明協力義務，在內容及判定要件上具有多樣可能性，係取決於受訴法院如何依個別、具體情狀為裁量權行使之結果，非可一概而論。而且，其判定係亦應依循所謂公平、平等或誠信原則等基準，具有不確定概念性，以致法院準此行使裁量權之結果所認各該事案解明協力義務，難免具多樣內容，且範圍廣狹不一，多有伸縮可能性。因此，倘著眼於該項判定範圍之延伸可能性，則其延伸線可能銜接於所謂一般性事案解明義務承認論，而非不可導致予以等同視之結論；可是，倘著眼於上開判定範圍之緊縮可能性，則其緊縮所致結果，將與所謂個別的事案解明義務所認者相若。果然，應探討：①一般性事案解明協力義務與個別的事案解明協力義務，在何程度上或範圍內有區別之實益？是否宜認為：與其斤斤於先行

233 參照「機能演變」（見註 2）一〇一頁以下。

234 參照「司法現代化」（見註 7）一三五頁以下；「程序選擇權」（見註 9）三三頁以下；「民事研討(4)」（見註 6）一七八頁；「機能演變」（見註 2）八四頁以下。

爭議應否承認一般性事案解明義務或個別的事案解明義務，毋寧是先行致力於闡述，在何情狀、要件下，經考量何等具體要因後，始得承認一造對他造負何內容之事案解明協力義務？至於將如此被承認之協力義務稱呼為一般性或個別的事案解明協力義務，是否非至關緊要？②所謂事案解明義務是否為當事人之一造對他造所負協力義務之一種？其與當事人所負訴訟促進義務之間，在法理依據及規範目的上，有何不同及關聯？應否釐清其係指涉兩造相互間之關係者，或當事人對法院之關係者？③事案解明協力義務之法理，應在本案審理之何程序階段發揮作用？如果認為其在採行爭點集中審理主義及適時提出主義之訴訟架構下，亦應或特需發揮作用於爭點整理階段<sup>235</sup>，則在事實主張責任及證據提出責任之分配過程，應如何為其確立準則，據以平衡兼顧辯論主義即協同主義適用下所認當事人有關事證是否提出之自由與其他訴訟法上要求（公平、平等及程序利益保護原則等）？是否應認為，違反該協力義務之結果已被處理或某程度吸收於證據提出責任（舉證責任即行為責任）之分配程序過程中？此事與舉證

235 一造（負舉證責任之當事人）為主張他造（不負舉證責任之當事人）未履行事案解明協力義務，以求法院適用有關承認該義務之規定或法理，通常應具體主張之事實有二：其一是，為判定該義務發生、存在所必要之事實（可據以評價為具備該項規定或法理所認要件之事實，即評價根據事實）；其二是，經解明而獲得資訊以後所要證明之對象事實（通常，指：當事人依第二八五條第一項應於聲明證據時表明之應證事實、第二六八條之一第三項所定爭點整理結果所示應證事實，法院依第二九六條之一第一項應於調查證據前曉諭之爭點事實）。此二事實之具體主張，在採行爭點集中審理主義及適時提出主義之訴訟架構下，原則上均應在爭點整理階段為之，並由其主張者（負舉證責任之一造）就該二事實負主張責任、具體化義務及舉證責任即行為責任（證據提出責任）。

責任規範之定性（宜否定性為訴訟法上行為責任而非客觀舉證責任）有何關係？<sup>236</sup>此項定性論可否不顧我國特於民事訴訟法設有舉證責任分配之明文（第二七七條），卻照樣援用德、日等國無該項明定之法律狀態下所持客觀舉證責任論？<sup>237</sup>④新法所

236 不負舉證責任（客觀舉證責任）之當事人不履行其所負事案解明義務時，肯定此義務之論者認為已不生要件事實真偽不明，而應擬制負舉證責任之當事人所主張事實為真實。可是，在此情形，已無為舉證責任判決之餘地（客觀舉證責任不發揮作用），此項理論上矛盾之存在係該肯定論者所受批判之一。因此，值得探討：其為消除該項矛盾並避免遭受批判，是否宜轉向兼具訴訟法屬性之行為責任論尋求合理解說之證據？

237 向來，在無如我國設此明文規定之德、日，學說上多以客觀舉證責任論為出發點，論所謂一般性事案解明義務（Aufklärungspflicht）之認否問題，是與我國法上所處問題狀況不盡相同，宜加留意。關於該出發點及所涉問題事項，請參照高田昌宏「主張・立証の方法」（法学教室二二一號，一九九九年）三一頁以下；竹下守夫「伊方原發訴訟最高裁判決と事案解明義務」（木川統一郎古稀・民事裁判の充実と促進 中卷，一九九四年）一〇頁以下；松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務」（法曹時報四九卷七號，一九九七）一六三七頁以下；春日偉知郎「民事訴訟における事案解明（論）について」（司法研修所論集九五號，一九九六年）五二頁以下；同・民事証拠法研究（一九九四年）一三頁以下、二四〇頁以下；右田堯雄「証明責任を負わない当事者の事案解明義務」（季刊 実務民事法 8，一九八五年）一九頁以下；小林秀之「証拠収集手続の拡充と新民訴原理」（判例タイムズ一〇八三號，二〇〇二年）五八頁；松本博之「日本の新民事訴訟法による訴訟の構造」（見註 77）一一六頁；同「民事訴訟における当事者の自己決定」（松本博之＝西谷 敏編・現代社会と自己決定権，一九九七年）三九四頁以下；アストリッド・シュタットラー（本間靖規訳）「現代民事訴訟における裁判所と弁護士役割分担——改正ドイツ民事訴訟法を例として」（民事訴訟雑誌五〇號，二〇〇四年）一六二頁以下。

增訂之規定，尚有何等條文可認為係課當事人負事案解明協力義務？此種特別承認事案解明協力義務之新法，係以規範兩造相互間之關係（使一造對他造負協力義務），或當事人與法院間之關係（使當事人對法院負協力義務）為主要目的？<sup>238</sup>

## 二、法官裁量權行使範圍之擴大、程序參與主體之角色遞變及裁判機能之多樣化

由於社會、經濟情勢日漸複雜化、人民生活趨向多樣化，法律的制定、增修，亦不得不為難能預料之今後情況變遷，酌設因應之計。認識及此，新法多有擴大適用職權裁量法理之情形，藉此期待、要求法官視個案情況之不同，為積極活動或為相關之利害衡量，並為適時、適式之處理或裁判。其中，有期待、要求法官作成形成性、創設性、展望性或政策形成性裁判者；有多用法律上抽象性、不確定概念，而授權法官在一定範圍內，為具體妥當性處理或裁判者；亦有期待、要求法官更積極善用程序指揮權，為合目的性之程序運作者。此類修正內容及新法走向，對於今後訴訟制度之機能發揮，到底應該或可能導致何等影響，亦屬學界所不得不面對之重要課題。為此，以下嘗試析述若干相關問題，藉以指明此後應有之研究取向。

<sup>238</sup> 例如，在增訂第二八〇條第三項規定時，曾被強調其制度設計亦為保護當事人權益一事，是否宜予以理解為其立法之主要目的係為規範兩造間之關係？為此，是否應迎合此目的達成為該項規定之解釋、適用，以判定其被違反時之法律效果？關於此，請參照本書所錄「程序利益保護原則」一文內「參、二、(三)(3)」之說明。

### (一)實體法上非訟化現象之訴訟法上助長

新法增訂多項規定，將判定某些實體法上權利存否、內容範圍之要件予以概括化、抽象化，而容許或要求受訴法院於就該權利存否、內容為本案審理或下本案判決時，在一定範圍內，經由審理過程，考量相關諸要因，為具體妥當之裁量，而不必如一般固有訴訟事件般，先就實體法所預定之具體要件事實一一為回顧性認定，然後始為裁判。新法中屬於此類之規定者有如下述：

(1)在公益法人以選定當事人（原告）地位為多數社員（選定人）提起金錢賠償損害請求事件之情形（屬任意訴訟擔當團體訴訟），<sup>239</sup>如具備一定要件（選定人全體以書面達成求法院為總額給付裁判之協議時），法院得判定被告應給付選定人全體之總額，而不必先分別認定被告應給付各選定人之每一數額（第四四條之一第二項）。此項規定，係為儘可能克服舉證上困難，乃在保護當事人之程序利益所必要之範圍內，容許法院得不必全依實

<sup>239</sup> 新法增設第四四條之一之規定，將原告適格者之範圍，擴大於非訴訟標的法律關係歸屬主體之特定團體，使其基於該歸屬主體之任意授權，為之遂行訴訟，乃屬承認任意（意定）訴訟擔當之明文。又，就其係承認特定團體（公益法人）得成為他人之訴訟擔當者而言，可稱該團體為任意訴訟擔當團體。新法特別將當事人適格者之範圍擴大於該社團法人，賦予其有基於共同利益人授權之訴權，係為增多主張權利受害之多數人選擇程序以提起訴訟之機會，減少彼等因起訴及遂行訴訟所可能蒙受之程序上不利益，而使其與實體利益之追求取得平衡。由於此項制度之是否利用，乃取決於該等共同利益人有無選定該法人為選定當事人之程序處分行為，所以可謂亦指向於落實程序選擇權之法理、貫徹程序利益保護原則，此項意旨應成為解釋、適用本條規定之指針。並且，由於上開規定所保護之利益係包含程序利益及擴散利益（多數潛在當事人之利益）在內，而非如向來傳統上所採方法般僅以「權利」作為判定有無當事人適格之標準。

體法所定要件（有關每一選定人所應享損害賠償請求權存否及其內容範圍之要件）為逐一之事實認定及判決。就其判決係形成總額之內容而命為給付而言，亦多少兼具形成性。於此，在與債務人即被告之關係上，有關債權人即每一選定人所應享實體利益之實體法所定要件，係有所退讓於程序利益保護原則，而法院則於其間從中調整彼等（多數債權人即選定人間及其與債務人間）之實體利害及程序利害，予以平衡兼顧，藉此扮演利害調整者之角色。因此，法官尚非全依該實體法上要件為審判，是與其向來就一般事件被要求扮演全面依法裁判之角色，不盡相同。為完成該利害調整者之任務，法官就該類事件，宜適時闡明以儘可能促成總額給付協議，藉此與當事人協同在程序利益與實體利益之平衡點上尋求法之所在。通常，法院依上開規定為給付總額之判決時，可能且被期待併行活用其他配套措施係同為克服損害額證明上困難而設者。此類措施經新法採認者亦見於第二二二條第二項及第二四四條第四項，前者容認法院得在一定條件下，審酌一切情況為損害額之酌定，然後下判決，此亦兼具實體法上非訟化性；而後者則容許起訴請求金錢賠償損害之原告，得於訴之聲明為請求最低額之表明。此等制度與第四四條之一第二項所認總額給付裁判，均係為落實程序利益保護原則而設，其間之法理依據相通，同成為克服舉證困難之一環，所以應由法院針對案情所需予以配套活用。為此，應探討：受訴法院於認定上開給付總額時，如何按請求金額之多寡，依統計學上方法或法官所認知之經驗法則、斟酌相關資料（如：有關某類廠商製造、販售某類產品或其營業之各種資料）加以研判？又，雖然此類資料及法院依上開規定酌定損害額之基礎資料（事實、證據），原則上均應適用辯論主義（協同主義）為審理，但由於新法特設同項規定之故，

法院非必應全依實體法就每一選定人所應享損害賠償請求權發生之要件為逐一之審認。因此，應探討：為平衡保護每一選定人之實體利益，在法院隨著調查證據之結果狀況，形成心證認為可能逐一審認而不致伴生程序上不利時，如何促使選定人修正上開總額給付協議？如何使法官所扮演上開利害調整者之角色，儘可能與其原應扮演依法裁判者之角色相調和？

②在法定訴訟擔當團體，為集團利益歸屬主體之多數人所提不作為請求（生活妨害制止請求）事件（第四四條之三）<sup>240</sup>，由

240 新法增訂第四四條之三規定，容許公益法人（團體），在其章程所定目的範圍內，得經其目的事業主管機關許可，對侵害多數人利益之行為人，提起不作為之訴。此項規定係將原告適格者之範圍，擴大於該特定團體，使其在具備法定要件時，得為該多數人提起不作為請求訴訟，而行使訴訟遂行權，不必基於該多數人之授權。就此訴訟係以該團體之名提起並由其遂行而言，可認為該規定所認者亦屬團體訴訟之一態樣。可是，如從其訴權及訴訟遂行權係基於法律之承認而非來自於他人（權利歸屬主體）之授權而言，此種團體訴訟可稱為法定訴訟擔當團體訴訟。提起此種團體訴訟之公益法人，係主張其他社會大眾之多數人權益有受侵害之虞或有為其制止侵害行為之必要。又，此種訴訟係以制止侵害行為為目的，所以亦宜稱為妨害（侵害）制止請求訴訟；而且，由於該侵害行為往往係加諸於社會上多數人之生活者（如：噪音之造成、污染物之排出或危害性廣告之散佈），所以亦宜稱該類訴訟為生活妨害制止請求事件。

新法增設上開新制之立法理由謂：「因公害、商品瑕疵或其他事故所生之危害，有時具繼續性、隱微性或擴散性，其受害人常不知或無力獨自訴請排除侵害，致使社會大眾權益持續受損而無從制止，實有必要擴大公益法人之功能，使其得以自己名義對侵害多數人利益之行為人提起不作為之訴。」〔參照「修正彙編(三)」(見註1)一二九一頁以下；「民事訴訟之目的」(見註16)一六九頁〕從此項立法意旨觀之，可理解為其立法者已認知：①上開規定所認團體係為保護特定集團（利益將受侵害而有需予以排除之多數人）之利益而遂行訴訟，該多數人係包含非屬該團體構成員之其他利益人在內，而該種集團利

於新法及相關實體法並未同時明確規定生活妨害制止請求權發生之要件事實，所以有關該權利存否及其內容範圍之本案審判，係委由法院以當事人之攻擊防禦內容為基礎，認定諸相關具體事實（重要之間接事實）<sup>241</sup>，並為相關之利益衡量，然後下判決。此類事件屬現代型訴訟事件，具有如下之特徵<sup>242</sup>：其一是，權利之非訟性，亦即，實體法及容許提訴之新法均未就生活妨害制止請求權，一一明確規定其發生之要件及具體之權利內容範圍（法律效果），此乃權利發生要件之抽象化、概括化，而為一種實體法上非訟化現象。因此，該權利之內容係應於本案審理過程，由當事人、其訴訟代理人及受訴法院，依相關訴訟審理原則予以形成而具體化。在此審判之過程，為尋求、確定準以解決紛爭之法為何，往往需考量諸多相關因素，諸如：某種妨害是否牽涉到侵害發生源之企業的公共性問題、各該侵害行為之態樣、其所侵害之利益為何、侵害人之主觀性、地域性如何、避免發生侵害的可能性如何、禁止某行為對被禁止者或第三人（社會）所可能造成之

益係包含程序利益及擴散利益（多數潛在利害關係人之利益）在內，乃歸屬於包含該團體及上開多數人在內之集團，且非以該團體為獨立之歸屬主體。②該團體係依上開規定被賦予原告適格而有提訴權能，其訴訟遂行權既非來自於該集團之任意授權，亦非本於公益法人自身固有之權利。所以應將其定性為法定訴訟擔當者之一種，並宜將本條所認團體稱為法定訴訟擔當團體，稱其所提起之訴為法定訴訟擔當團體訴訟。

241 此類事實有如：有關受害狀況、妨害人之主觀上惡性、妨害態樣、妨害發生之地域性、公共性、許否制止請求所可能導致之利害大小等事實。關於此，請併請照圖表九所示事例，並留意其係有所不同於，固有訴訟事件有需就類如圖表八所示判決基礎事實，為回顧性認定、裁判。

242 參照「司法現代化」（見註7）一三至一四頁；「民訴研討③」（見註6）七四頁以下；「民訴研討④」（見註6）八二頁以下。

不利益，以及妨害制止請求者因其請求被容認所可能獲得之利益為何等等。為考量此等因素，如何掌握其相關之間接事實，乃成為上開事件審理程序上之重要問題。第二特徵是，需求借重職權裁量之特徵。亦即，因上開實體法上非訟化之結果，上開事件需求法官適用職權裁量法理以介入於「法」之尋求、發現過程。因此，在該事件之審理過程，如何儘可能確保當事人對於法之預測可能性，藉以保障其程序主體權，亦屬有待克服之課題。第三特徵是，需求作成展望性裁判之特徵。亦即，由於法院需考量上開諸因素及斟酌其相關事實，然後形成權利之內容、展望今後（言詞辯論終結後）應採何方法始能有效制止妨害行為，並據以創設、形成「法」內容而下判決或促成紛解之終極性解決（如：成立訴訟上和解或依第三七七之一條以下規定酌定和解方案），所以此時該判決乃屬一種形成性、創設性或展望性裁判。並且，由於上開應加考量之諸因素及相關事實，係包含本案言詞辯論終結後或判決確定後所可能變遷發生、存在者在內，所以需探討：如何回應此項情事變遷，為其備置相當之程序制度？第四特徵是，需求界定裁判效力之特徵。亦即，由公益法人所遂行之訴訟及其結果（裁判），對於上開多數人而言，往往有相當之利害關係，且可能某程度影響行政機關或立法機關之作為，發生一定之波及效。<sup>243</sup>於此，法官亦可能某程度扮演政策形成者之角色，使民事訴訟、裁判制度亦發揮一定之政策形成機能。因此，應探討：在該多數利害關係人（集團）與法定訴訟擔當團體訴訟（本訴訟）之間，如何界定其訴訟法上地位之相互關係及裁判效力之範圍？今後宜如何省思近代之裁判機能觀，而重新認知現代之裁判機能

243 此方面相關問題之探討，併請參照前述註35之說明。

觀？<sup>244</sup>

③在當事人已證明受有損害卻難證明其數額之情形，新法要求法院應審酌一切情況，依所得心證為定其數額即權利內容之判決（第二二二條第二項），此亦屬形成性裁判之一種，而且，從其無須先就客觀實體法所定損害額為判定而言，亦含有實體法上非訟裁判性。又，於請求金錢賠償損害之訴，原告得僅表明其全部請求之最低金額，然後由法院（審判長）於言詞辯論中使為補充（第二四四條第四項）。此項規定，就其與上開容許法院依心證酌定損害額之規定呼應配合而言，係為緩和處分權主義適用上僵化而設，乃屬程序法上非訟化現象之一種態樣。並且，由於其兼具形成裁判性，而以不確定概念即「證明顯有重大困難」作為法院行上開審酌之前提要件，此要件已否充足乃繫於法官心證形成狀況，除非法院將其披露，常非當事人所易察知，所以如何促使或要求法院適時公開心證，以防止發生突襲性裁判、確保聽審請求權，亦屬課題。<sup>245</sup>抑且，由於此項關涉法評價性之規定，係與有關採用自由心證主義之規定（第二二二條第一項及第三項），併同被列置於同一條文中，所以今後尚須面對如何予以定性之課題。此即有待探討：是否應認為，上開損害額酌定兼具有法評價性與事實認定性？今後之訴訟法學究宜如何因應、處理法與事實相牽扯或難截然劃分之現實？如何調整或界定法官知法之原則（法官適用法律之職權）與自由心證主義之運用等二者間之

交錯關係？此種調整、界定之作業，具有何程度之必要性或實益性？其間所準據之裁判規範，是否屬救濟法<sup>246</sup>，而非即向來所謂之純實體法規範？

④新法規定，在確定判決之內容尚未實現，而因事後（如：言詞辯論終結後）之情事變更，致顯失公平時，除非另有法定救濟程序可循，當事人得提起變更原判決之訴，請求變更原判決所命給付之內容或其他原有效果（第三九七條第一項）。此項規定，亦準用於和解、調解或其他與之具有同一效力之情形（同條第二項）。新法之所以採認此種特殊之訴訟類型（可能兼含有形成訴訟性及給付訴訟性），係為平衡兼顧法的安定性及具體妥當性等要求，而貫徹債權人與債務人間之公平。<sup>247</sup>其所謂原判決給付之內容或其他原有效果，實乃當事人實體私權之所繫。在此類訴訟事件之審理程序上，立法者係要求法院適用職權裁量之法理，變更、重新形成實體私權之內容，亦屬訴訟法所認實體法上非訟化現象之一種。因為，上開新法所定「情事變更」及「顯失公平」之要件具有抽象性、概括性，均屬不確定概念，尚與客觀實體法所明定之具體要件事實有間，就其該當性判斷所需具體事實及相關證據，雖亦應依辯論主義（協同主義）由當事人主張、提出，並由法院為闡明以防止發生認定事實的突襲，但法院於本案審理程序上為法評價時，尚有相當之裁量權，而應比較衡量債權人與債務人間之相關利害狀態，然後就兩造間權利義務之存否及內容範圍下本案判決，是具有實體法上非訟性。此項判決，就其可能變更原判決所認權利內容而重新予以形成而言，係屬形成

<sup>244</sup> 在新法施行前，此方面相關問題之提起及探討，請參照「司法現代化」（見註 7）九頁以下。

<sup>245</sup> 關於此方面問題之探討，併請參照「程序利益保護原則」（見註 13）一文內「貳、二、(一)」之闡述；「民訴研討(四)」（見註 6）一一四至一一五頁。

<sup>246</sup> 參照前述註 50 之說明。

<sup>247</sup> 參照「修正彙編(中)」（見註 1）九九頁、九六一頁以下。

性、創設性裁判之一態樣。於此，新法係要求法院掌握、認定該當於「情事變更」及「顯失公平」之諸具體事實（重要的間接事實），並予以斟酌，而在兩造間扮演利害調整者之角色，是有所不同於向來法官就一般固有訴訟事件，被期待、要求依法裁判（純依實體法所明定要件事實為裁判）之角色。有鑑於此，今後宜取向於研究：在法官居於上開利害調整者之地位，從事於認定上開諸具體事實並為法評價之過程，應如何同時防止發生法律適用的突襲？法官於扮演利害調整者之角色時，應如何與其原所扮演依法裁判之角色相調和？法官在致力兼顧法的安定性及具體妥當性等要求之過程，應如何與當事人或其代理律師協同尋求、提示「法」之所在？

⑤新法規定，於小額事件，經兩造同意時，或調查證據所需時間、費用與當事人之請求額顯不相當時，法院得不調查證據而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判（第四三六條之一四）。此項規定，係以保護當事人之程序利益為主要目的，而委由法官適用職權裁量法理為本案裁判，係兼有實體法上非訟化及程序法上非訟化之現象。因為，由於依循程序利益保護原則之故，就事實之調查、認定程序而言，法院在認為調查證據所將伴生之程序上不利利益，與系爭實體利益顯有失衡時，得不調查證據以保護當事人之程序利益；又，就法律之適用而言，法院被容許適用衡平法理，而依職權裁量為公平之裁判，不必完全依實體法就其所定要件事實之存否先行逐一認定，是亦具有仲裁性。<sup>248</sup>有鑑於法官在此程序上被賦予相當大之裁量權，而被期待、要求某

程度扮演準仲裁人之角色，所以今後有需探討：運作該程序之法官應具有何項能力、素養？為此宜如何選任法官？於該程序上，是否不必嚴格確保當事人對法之預測可能性？此項確保之必要性，是否宜某程度有所退讓於程序利益保護原則？

⑥新法增設有關準仲裁程序之規定（第三七七條之一、第三七七條之二及第四一五條之一等規定）時，亦期待、要求法官適時扮演準仲裁人之角色，而不止於墨守向來就一般訴訟事件所扮演依法裁判之角色。此方面之新法走向、其法理依據及所將面對之問題狀況，已如前述（請回顧「貳、二、(一) 2.(3)」之說明）。

綜觀上開新法走向，可得察知，法官已被期待、要求扮演多重角色、完成多樣任務，而大異於往昔，以致不得不致力於充實法的主體面、培育具備相當知能、素養而可稱職達成各該任務之法曹（律師、法官）及法律外專家（專家參審、鑑定人）。而且，實體法與程序法等二者間之應然關係，已處於須重新調整之現實狀態。為此今後將面對之研究課題是：法官居於利害調整者、法之形成者（權利創設者）<sup>249</sup>或準仲裁人等不同角色所尋得、提示之法內容，是否或如何與向來居於依法裁判者之角色所

249 關於德、日在此方面所處問題狀況，除「司法現代化」（見註 7）一五頁以下，併請照中島弘雅「市民の司法参加」（岩波講座現代の法 5・現代社会と司法システム，一九九七年）一一四頁以下；德田和幸「現代型訴訟の役割と特質」（ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点 3 版，一九九八年）二四頁以下；川嶋四郎「差止請求訴訟の今日的課題」（同上）三〇頁以下；ヴィルヘルム・K・ゲック（石川 明訳）・西独における法曹教育と裁判所構成法（一九八〇年）一四五頁以下；田中成明・現代日本法の構図（一九九二年増補版）一七一頁以下；守屋 明・前掲（見註 195）二二二頁以下；田中成明「ハード・ケースにおける裁判官判断」（司法研修所論集一一〇号，二〇〇三年）八六頁以下。

248 此方面相關問題之探討，請參照「程序利益保護原則」（見註 13）一文內「貳、二、(一)」之說明；「程序選擇權」（見註 9）七一頁。

尋得、提示者有異？隨著此類角色扮演或任務分配之遞變，究竟如何重新調整或界定實體法與程序法之應有關係？法官或紛爭當事人準以處理、解決紛爭之法規範或裁判規範如何可能有多重存在？是否應從認知此項多重存在可能性之觀點，重新理解憲法要求法官據以審判之法律為何？為此宜如何重新建構訴訟制度目的論？向來論者所持目的論中以保護實體私權為首務或主要著眼點者（如：權利保護說），及對於憲法所認價值理念（如：程序利益應同受保護之理念或要求）有所忽略者（如：紛爭解決說），是否因其未能充分認知程序利益保護原則之故，已不足取？<sup>250</sup> 愈能平衡兼顧實體利益及程序利益之訴訟制度目的論，是否較諸非然者，更能因應訴訟事件類型之多樣化變遷情勢，且引導其合目的性設計或運作相關之程序制度？又，如何針對各事件類型需求非訟化之事項性質、範圍及目的之不同，為其分別選用不必盡同之審理原則，及可資以掌握諸相關間接事實之爭點整理模式？例如，就現代型訴訟係為保護集團利益者，是否應酌採職權探知主義或適度限制處分權主義之適用？此事是否宜迎合於事件類型審理必要論為思考？相較於論理型爭點整理模式，事實型爭點整理模式是否更為實體法上非訟化之事件類型所切需？<sup>251</sup>

<sup>250</sup> 就訴訟制度目的論，與筆者之立論〔「民事訴訟之目的」（見註16）一五六頁以下〕雖不盡同，論者亦著眼於現代型訴訟或公共訴訟具法創造機能、政策形成機能等特性，省思訴訟制度目的論及其相關理論。關於此，請參照新堂幸司「民事訴訟制度之目的・訴訟觀」（新堂幸司=小島武司編・注釈民事訴訟法(1)，一九九一年）一一頁以下。

<sup>251</sup> 關於論理型與事實型爭點整理模式之不同，請參照「運用方針」（見註46）八三頁、一〇一至一〇二頁內註二九及註三〇之說明。

## (二) 程序裁量權之擴大

### 1. 程序上抽象性不確定概念之多用

有關採用抽象性不確定概念處理程序事項之規定，新法除保留舊法原有之部分條文外，又增訂甚多新條文，明示多種抽象而不確定之概念，作為法官就程序事項行使裁量權之標準，而期待、要求其扮演程序形成者、創設者之角色。屬於此類之標準中，有使用「公平」或「顯失公平」一語者，例如其被用於：就一造為法人或商人所成立管轄合意之容許性為判斷時（第二八條第二項）；就爭點簡化協議之拘束力為判斷時（第二七〇條之一第三項及第二七一條之一）；就是否容許當事人於言詞辯論中主張其未於準備程序主張之事項為判定時（第二七六條第一項第四款）；就如何分配舉證責任為判定時（第二七七條但書）；就是否得提起變更原判決之訴為判斷時（第三九七條第一項）；就當事人得否在第二審提出新攻擊或防禦方法為判斷時（第四四七條第一項但書第六款）。

又，有使用「適當」或「不適當」之用語者，例如其被用於：就容許追加選定當事人為是否予以公告之判斷時（第四四條之二第一項）；就是否採不公開審判以保護秘密為判斷時（第一九五條之一）。就整理並協議簡化爭點之方式採行為判斷時（第二七〇條之一第二項、第二七一條之一）；就是否有需商請外國機關團體行調查為判斷時（第二八九條第二項）；就宜否容許證人以書狀陳述或採科技設備行直接訊問為判斷時（第三〇五條第二項、第五項）；就兩造指定鑑定人之合意為是否予以尊重之判斷時（第三二六條第二項但書）；於鑑定人拒絕鑑定之情形就有

無其他人選為判斷時（第三三〇條第一項）；就有關保全證據之處置為判斷時（第三七六條之二第一項）；就是否命供擔保而容許假扣押聲請為判斷時（第五二六條第二項）。

又，有使用「必要」或「不必要」之用語者，例如其被用於：就有無提起將來給付之訴之利益為判斷時（第二四六條）；就是否命證人或當事人提供鑑定所需資料為判斷時（第三三七條第一項）；就是否採不公開方式調查公務文書為判斷時（第三五〇條）；就以科技設備作成或保存之資訊行調查證據，為是否有需命說明之判斷時（第三六三條第三項）；就是否訊問當事人本人為判斷時（第三六七條之一第一項）；就是否容許保全證據為判斷時（第三六八條第一項後段）；就是否再行訊問保全證據程序中已訊問之證人為判斷時（第三七五條之一）；抗告法院就是否命更為裁定下判斷時（第四九二條）；就是否於第三審行言詞辯論為判斷時（第四七四條第一項但書）。

又，有使用「重大損害」一語者，例如其被用於：就卷內文書之閱覽是否將危害隱私或業務秘密為判斷時（第二四二條第三項）；就文書內容之公開是否將危害隱私或業務秘密為判斷時（第三四四條第二項及第三四八條）；於第三人撤銷之訴為判斷是否停止原判決效力或變更原判決時（第五〇七條之三第一項、第五〇七條之四第一項）；就債務人是否將因假處分而受害為判斷時（第五三六條第一項）；就是否容許定暫時狀態之假處分為判斷時（第五三八條第一項）。

此外，有使用「正當理由」一語者，例如：就是否有拒絕共同起訴之事由為判斷時（第五六條之一）；就得否拒絕提出公務文書為判斷時（第三五〇條）；就是否容許一造辯論判決為判斷時（第三八六條第二款）。

另有使用「顯有困難」一語者，例如其被用於：就是否使受命法官調查證據為判斷時（第二七〇條第三項第三款）；就文書提出之聲請為判斷一造是否對他造負協力義務時（第三四二條第三項）。

## 2. 需求利益衡量之職權擴大

新法另增設甚多規定，以容許法院「得」為一定裁判或其他行為之規定形式，承認法院得依職權處理特定事項。此時，新法係期待、要求法官運用裁量權，為實質上利益衡量，而積極扮演程序運作主導者或利害調整者之角色。屬於此類之規定相當多，例如有關：不分別認定選定人應受給付額（第四四條之一第二項）；公告曉示共同利益人起訴為併案審理（第四四條之二第五項）；為訴訟擔當者選任律師代理訴訟（第四四條之四第一項）；裁定命追加為原告（第五六條之一）；將訴訟事件之繫屬狀態通知於利害關係人（第六七條之一第一項）；停止涉外事件之訴訟程序（第一八二條之二第一項）；續行停止中之訴訟程序（第一九〇條）；對違反濫訴抑制義務者裁定科處罰鍰（第二四九條第三項及第四四九條之一）；命說明延滯提出之理由及制裁違反訴訟促進義務者（第二六八條之二第一項及第二項、第四四四條之一第四項）；限制或禁止當事人對證人為不當之發問（第三二〇條第三項）；處罰虛偽陳述之當事人（第三六七條之二第二項）；提出和解方案（第三七七條之二第一項）；就訴訟程序上爭點先為中間裁定（第三八三條第二項）等事項之規定。

此外，新法之規定，依其立法意旨，係要求法院應為實質上利益衡量，然後為一定之裁判或作為者亦多，例如：除保留舊法已有之同類規定者（如：有關失權制裁之第一九六條第二項、第

二七六條第一項；第四四四條之一第五項及第四四七條第一項但書）外，尚設有關：就法律關係基礎事實之存否，為有無確認利益之判定（第二四七條第一項）；對違反證明妨礙抑制義務者施加制裁（第二八二條之一第一項）；對違反文書提出義務者施加制裁（第三四五條第一項）；對故意爭執文書真正之當事人或代理人施加制裁（第三五七條之一第一項、第三項）；於當事人就其簽名等事為不知或不記憶之陳述時為應否推定為真正之判斷（第三五八條第二項）；判定是否許可提起第三審上訴（第四六九條之一第二項）等類事項之規定。

### 3. 程序裁量權行使之指標為何？

新法增訂上開有關採用抽象性不確定概念及要求法官行利益衡量之諸規定，寬認法官為程序裁量之可能性，可資以某程度因應訴訟程序之開展性、預測困難性、個別案情或事件類型之多樣性、差異性，是有其勢所必然之原由，值得受相當之肯定評價。問題是，新法在賦予上開程序裁量權之同時，多未為其行使確立較明確之指標或要件，亦未明定法官應依循之行為規律。因此，新法施行後之程序法學及實務運作理論，尚須克服如何為程序裁量確立、提示行動準則之課題。

其實，程序裁量權之賦予，既非自我目的，亦非意味不必尊重當事人之程序主體地位<sup>252</sup>。毋寧是，由於程序裁量權之行使亦屬程序制度運作之一環，自亦應指向於達成訴訟制度之目的、滿足訴訟法上相關基本要求。從而，應認為程序裁量權之行使亦須受相當之制約，而指向於保障公正程序請求權、適時審判請求

權，並依循程序利益保護原則，兼顧發現真實及促進訴訟等要求，為此致力於儘可能防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲。基此認識，且鑑於訴訟事件類型及程序事項均具多樣性、程序階段之前後具變更性及開展性，今後應取向於研究：如何針對各該規定之立法意旨、目的及其所涉程序階段前後或程序事項（如：涉及公益、集團利益或私益之事項）之差異性，界定程序裁量權可被容許行使之時點、態樣、範圍及效力強弱？此時，應考量何等相關要因？如何依程序階段或程序事項之不同，分別將其界定為義務性裁量或自由裁量（應否將有關何部分事項或何程序階段之程序裁量予以義務化）？又能否予以類型化？<sup>253</sup>為此，

253 此方面相關問題之探討，請參照「程序選擇權」（見註 9）六七頁；山本克己「手続進行面におけるルール・裁量・合意——『三者合意』モデルの検討を中心に」（民事訴訟雑誌四三號，一九九七年）一一五頁以下；齋藤 哲「民事手続における裁判所（裁判官）裁量について」（民事訴訟雑誌四五號，一九九九年）一九六頁以下；國際シンポジウム「現代の民事訴訟における裁判官および弁護士の多重的な役割とその相互関係」（民事訴訟雑誌五〇號，二〇〇四年）二〇五頁以下；加藤新太郎・手続裁量論（一九九六年）六三頁以下；同「秋明における義務と裁量の間」（ジュリスト二五四號，二〇〇三年）二〇四頁以下；同「心証開示における裁量」（ジュリスト二六八號，二〇〇四年）一九〇頁以下；同「民事訴訟の運営における手続裁量」（新堂幸司先生古稀祝賀＝民事訴訟法理論の新たな構築上巻，二〇〇一年）一九八頁以下；山本和彦「民事訴訟における裁判所の行為統制——『要因規範』による手続裁量の規制に向けて——」（同上）三五六頁以下；園尾隆司「裁判所の秋明権と訴訟指揮」（竹下守夫等編・講座新民事訴訟法Ⅰ，一九九八年）二二七頁以下；鈴木正裕「抗告できる裁判の範囲と問題点」（中野貞一郎先生古稀祝賀＝判例民事訴訟法理論（下），一九九五年）三二三頁以下；三角比呂「証拠の採否についての義務と裁量」（ジュリスト二七三號，二〇〇四年）一四三頁以下。

252 參照「司法現代化」（見註 7）一二三頁、一三二頁以下。

為保障程序主體權，應就何類事項承認當事人有程序裁量聲請權及不服聲明權（異議權、抗告權或上訴權）？<sup>254</sup> 抑且，倘認知程序裁量權之賦予，係某程度亦意味法官被容許為相當之程序選擇，則宜探討其在何範圍內應有所退讓於當事人之一造或兩造所享程序選擇權，始符程序選擇權之法理？此事是否亦關涉應受處分權主義或辯論主義支配之事項範圍，而不容忽視我國新法已具有寬認兩造間得成立協議之獨特性（請回顧「參、一、(一) 2.」之說明）？為防止突襲性裁判，應如何從立法論及解釋論上，緩和、減消伴隨於裁量權之範圍增大所導致程序進行之不確實性、不透明性及當事人之預測困難性？為此，應如何同時充實法的主體面（含：提昇法官為實質上利益衡量之知能、素養、擴充律師代理參與程序之可能性）？

## 肆、結語——克服不盡之課題

從本文之論述可知，近二十多年來，倡導、開展於我國之程序法學理論，確前導增修完成民事訴訟法中多項頗具重要性之條文，使新法帶有相當之本土化獨特性，且大為改變七十年來所沿用抄襲性繼受法之容貌。此項前導修法之理論，又以新法之施行為契機，將再繼續指引其相關解釋論及立法論之進展、拓深，而成為今後建構民事程序制度及運作訴訟審判實務之路標、嚮導。因此，可評價為，新法已然開啓民事程序法學重新邁步向前之大

門，提供其繼續耕耘之園地、確立其拓深研究領域之據點。此項展望之應然性、必要性，實已顯示於本文所舉事例之評論中，且可從其所凸顯之下列新法基本走向獲得肯認。

其一是，新法指向於促使程序權保障更加精緻化，藉以確保、強化當事人之程序主體地位。此項修法動向，可認為亦應溯源於具我國特色之新程序保障論，乃有意將訴訟制度變革成為國民所容易親近、利用者，使其與民眾之生活相結合。於此，其所本之改革理論、所採之程序法理，係植基於憲法肯認之價值理念及基本權保障。從而，今後有關新法之解釋論及立法論，將不得忽視程序基本權保障之觀點。在此意義上，應認為：新法之施行係亦為了進一步喚起，更加認真探討憲法與民事程序法之應有對應關係，此乃今後民事程序法學之一項重要課題。

其二是，新法指向於落實適時審判請求權及程序選擇權等法理之適用，為此增設諸多規定，大幅度賦予紛爭當事人有選擇程序之機會。此類新規定係為促使法院及當事人試圖，在實體利益所繫客觀真實與程序利益所繫促進訴訟等二者之平衡點上，發現「真實」、尋求「法」之所在。此項立法意旨，可認係認知倡導於本土之信賴真實主義，亦顯示新法之獨特性。從此角度而言，今後有關民事訴訟法之解釋論及立法論，亦須併立足於保障適時審判請求權及程序選擇權之觀點，重新省思、深入探究民事實體法與民事程序法之應有相互關係，且不應依然如故仍僅將民事訴訟法定位為民法之助法。

其三是，從上述新法之走向及其整體意旨，可察知新法雖增設諸多規定，賦予法官相當廣泛之裁量權，但絕非表示有意將裁量權之行使予以自我目的化。毋寧是，應認為：裁量權之行使亦須受一定之制約，而指向於平衡保護當事人之實體利益及程序利

<sup>254</sup> 相關特定事例之探討，請參照邱聯恭「合併辯論之義務性裁量及聲請權」〔「民訴研討(五)」(見註 6)〕四一三頁以下；同「爭點整理與試行和解」(同·爭點整理方法論，二〇〇一年)一二三頁。

益。在此意義上，法官於行使裁量權時，應以貫徹適時審判請求權及程序選擇權等法理之適用為指標，將實體利益與程序利益予以等量齊觀，並就該二利益之優先追求順序及如何審判始堪稱為「適時」一事，承認當事人有首位性決定權、選擇權。在此意義上，今後尚應立足於上開觀點，繼續究明、再三確認裁量權行使時之應有容貌、理想狀態，並為此不斷充實、配備可資因應之法主體面（含：變革法曹之養成、研習教育制度）。

其四是，新法亦喚起借重事件類型審理必要論。為此，今後之民事程序法學亦宜探究：如何析明各該民事事件類型所具特性、需求為何，然後著眼於此，為其構成適合之程序內容、適用或交錯適用可資以滿足各該事件需求之程序法理？此觀有關人事訴訟及家事非訟之程序法建制，已另被託付於家事事件法之重新起草制定工作一事，亦可瞭然。要之，新法之走向，亦顯示程序制度內容之構成，已愈益需求精緻化、細膩化，此尚有待於其相關理論之新開展。

【本文之部分內容曾分十次連載於月旦法學雜誌第一〇〇期（二〇〇三年）至一二一期（二〇〇五年），嗣再經增補內容、註釋後，收錄於本書】

## 台湾における民事訴訟法の 改革とその先導理論

——日本の新法との比較考察——

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 一、はしがき .....                    | 321 |
| 二、手続保障論による立法の試み .....           | 324 |
| 三、適時審判請求権論・手続選択権論を背景にした立法 ..... | 333 |
| 四、結び .....                      | 346 |

## 一、はしがき

台湾では、近時、法律の時代適応性の点検や修正作業が、司法法の各分野にわたって頻繁に行われている。その中には、全般的・抜本的修正法案が立法院（国会）で既に可決されたものもあれば、審議中のものもある<sup>1</sup>。このような法制変革活動の一環として、民事紛争解決法制の全面的再検討または徹底的修正作業が、一九八三年から司法院（法律提案権を有する最高の司法行政機関）ないし法務部（日本の法務省に相当するもの）によって推進されてきた<sup>2</sup>。その成果として、最近の五年間では、新しい仲裁法と民事訴訟法の全面的修正法がそれぞれ成立した。つまり、一九九八年に「商務仲裁条例」という特別法が一般法である「仲裁法」へと新たに改正され、正式な法律となった。また、七〇年ぶりの大変革とされる民事訴訟法の改正作業は、二つの部分に分けて説明することができる。第一に、既に法律として公布され、正式に施行されたもの（以下、これ

- 
- 1 邱聯恭「台湾における司法改革の動き」法の支配一八号（一九九八年）九九頁以下。
  - 2 台湾の民事訴訟法改正の今までの状況については、邱聯恭「台湾における民事訴訟法改正の動き—日本法との主な相違点を中心にして」ジュリ九九九号（一九九二年）一一七頁以下、台湾の調解手続法・仲裁法の修正動向については、福山達夫「中華民国（台湾）の司法制度改正の動き」国際商事法務二四巻一一号（一九九六年）一一六七頁、二四巻一二号一二八九頁、二五巻一一号（一九九七年）一二三三頁、二七巻一二号（一九九九年）一四五七頁、二八巻九号（二〇〇〇年）一〇八五頁以下に紹介がある。

に属するものを「修正法」と称する)に、調解手続(日本の調停手続に当たるもの)・簡易訴訟手続の全般的改正と、少額訴訟手続の創設とに関する一九九九年の修正法(合計八三条)、及び証拠法・集中審理促進方策や第三審弁護士強制制度などの採用に関する二〇〇〇年の修正法(合計一二五条)がある。第二に、修正条文草案という形にまとめられ、近いうちに司法院の法律案として再び立法院に提出すると予定されるもの(以下、「草案」と称する)がある。

このような世紀末での歴史的な大変革によって、台湾の民事訴訟法は現在、画期的な転換点にさしかかっている。それは、極めて保守的であった実務運営のあり方に、今までになかったほどの大変化をもたらしたばかりではなく、民事訴訟法を取り巻く今後の学術研究や立法論の新展開にも大変大きな刺激なり影響なりを与えた、と言われる<sup>3</sup>。これに呼応するために、本稿で、新世紀を迎えようとする修正法や草案がどのような基本的目標ないし理念を目指しているのか、それが具体化され実現してきた背後には、いかなる理論的支柱なり先導理論なりが存するかを、考えて確かめてみることは必要であり有益であろう。一方、日本の民事訴訟法は、台湾のそれと同じく、西欧型の継受からスタートした沿革を有しながら、同様にごく最近、七〇年ぶりと言われる全面改正新法(即ち、一九九八年から施行された新民事訴訟法、以下、これを「日本新法」と称する)が成立した。そして、台湾における民事訴訟法研究は従来、日

本の学界からも多くの貴重なものを学んだ経験がある。このことに鑑み、本稿では、思わぬ誤解があるかも知れないが、今後日本の学界からのご批判をいただければ願いつつ、台湾法を考察する必要がある限りにおいて、それを可及的に日本法と比較してみることにはしたい。

このことは、新堂幸司先生の学恩に対して衷心から感謝申し上げたい筆者にとっても、重要な意義を持つと考える。筆者は、一九七〇年代に日本文部省国費留学生として東京大学大学院で学び、新堂先生に師事し、数年間にもわたって丁重なご指導を頂き、先生の手続保障論や利用者立場重視論から大いに啓発を受けた。このお蔭で、台湾では、一九八〇年から、本稿で述べるいわゆる新手續保障論が筆者によって唱えられ、広汎な論議を惹き起こし、それは、やがて修正法と草案の成立に先導的理論の一つとしての役割を果たした<sup>4</sup>。この点からすれば、日本と台湾の新法及びその理論的支柱の繋がりまたは相違点を明らかにすることは、筆者の責務であると思われる。そこで、本稿では、台湾における民事訴訟法改正作業に一七余年間も関与した研究修正(審議)委員として、若干の理論的視点から、修正法と草案の主な関係条文のいくつかを例にとって、この改正の方向性を概観・評価してみたい。新堂先生の古稀をお祝いする意をこめて、この拙い一文を捧げる次第である。

3 邱聯恭『程序選択権論』、『民事程序法之理論與実務第二巻』(三民書局、二〇〇〇年)序言一頁以下。

4 邱聯恭「民事訴訟法之回顧与展望」、『慶祝法学叢刊創刊四十週年・當代法学家論文集』(法学叢刊社、一九九六年)一五五頁以下(邱・前出注(3)二六八頁以下所収)。

## 二、手続保障論による立法の試み

1. 台湾の学界では、一九八〇年から、不意打ち防止論<sup>5</sup>・手続主体権論ないし新手續保障論<sup>6</sup>が相次いで唱えられ、多くの手続法上の問題に取り組もうと試みた。これらの理論の主旨は、次の通りである。

即ち、憲法は、国民主権、法治国家の原理に基づき、人間の尊厳を尊重し、訴訟権（日本法上の「裁判を受ける権利」に該当）、財産権、平等権、自由権ないし生存権等の基本権を国民に保障している。これらの基本権の保障は、一定の範囲において、国民の法主体性を肯定しており、司法過程においては、当事者やその手続に何らかの繋がりを持つ利害関係人に、手続主体権（手続上の主体的な地位）が認められなければならない。この地位を保障するために、当事者や手続利害関係人に手続関与権とか、手続から結果を導き出す地位を付与すべきであろう。そして、憲法は、係争中の財産権なり法的地位（例えば、訴訟物たる実体法上の権利または地位）を保障するのみではなく、係争外のそれをも等しく保障することを同時に明示している。このような財産権、自由権、人格権等の保障との関係が

ら、手続主体権の保障のあり方を考えると、それを確保・実現するためには、すべての紛争当事者に対して、実体的利益（客観的真実の確定、係争の実体法上の権利・地位の実現によって獲得しうる利益）ないし手続的利益（煩瑣な手続の不利利用、簡易な手続の利用に伴う労力・時間の節約ないし出費の減少・回避によって保護される利益・訴訟の促進によってもたらされる利益）を追求する機会が保障されなければならない。

換言すれば、一方では、実体的利益のために、慎重・適正な裁判（例えば、より丁寧な審理の期日を開くこと、より多くの審級を提供すること）を与えなければならない。他方では、手続的利益のために、迅速・経済的な裁判（例えば、より簡易化された、より少ない審級の手続）を提供しなければならない。また、訴訟権の保障に関する現代的意義を考えると、紛争当事者は、その手続主体権に基づいて、慎重かつ適正な裁判または紛争解決を達成する機会を付与してもらう保障（適正な裁判の達成に役立つ手続保障と呼称する）も、迅速かつ経済的な裁判または紛争解決を達成する機会を付与してもらう保障（迅速な裁判の達成に役立つ手続保障と呼称する）も、手続上に最大限に受けねばならない。

このことと絡んで、本案審理の過程では、法院（裁判所）が、実体的利益の追求に有利に働く手段（例えば、心証の開示または法律見解の表明）を講じないならば、当事者は、この追求に対する予測不足に起因する真実発見上の不意打ちを受ける危険にさらされる。他方、法院が、手続的利益の追求に有利に働く手段を講じないならば、当事者は、訴訟促進上の不意打を受ける危険にさらされる。そこで、手続主体権を確保するため

5 邱聯恭「突襲性裁判」法学叢刊一〇二期（一九八一年）九〇頁以下（民事訴訟法研究会編『民事訴訟法文研討』（三民書局、一九八六年）（以下、『民訴研討』と略称）（一）二七頁以下所収、同「值得當事人信賴的真實」台大法学論叢一一卷二期（一九八二年）一八二頁以下（同『程序制度機能論』（三民書局、一九九六年）五頁以下）、同『司法之現代化与程序法』（三民書局、一九九二年）一一頁以下。

6 邱聯恭「程序保障論之新開展」同・前出注 3 三頁以下。

に、真実発見上の不意打ちのみではなく、訴訟促進上のそれをも防止するに努めなければならない。そして、このような不意打ち（相手方の行為による不意打ちのみでなく、裁判官の審理活動によるそれを含むもの）をより徹底的に防止するためには、法適用上の不意打ちをも防止することが必要となる。ここでいう不意打ち防止や手続保障の要請は、立法者が法律を制定する際にも、また裁判官が訴訟指揮権・裁量権を行使する際にも、その指標たるべきものとなるのである。

このように見てくると、台湾における手続保障論は、当事者の実体的利益と手続的利益を合わせて考慮に入れるものであり、真実（客観的真実）の発見と訴訟（手続）促進との調和点における「真実」なり「法」の獲得を目標としており<sup>7</sup>、日本における手続保障論の目指しているものとは、必ずしも同じ意味を持つとは言えない<sup>8</sup>。けだし、日本の手続保障論は、必ずしも上述した意味での手続的利益を十分に考慮に入れないの

で、上述した意味での真実の確定を主たる目標にしていないからである。

2. 上述したような理論の学問上の展開を背景にして、修正法と草案における多くの規定は、手続保障の付与や不意打ちの徹底的防止を改革理念としている、と評価されうる。その主要なものは、次の通りである。

(1) 原告の申立て（請求の趣旨）及び事実上の陳述に基づいて、複数の法律関係を主張することができ、しかも原告の主張が不明瞭であるときには、裁判長は諭示して説明または補充をさせなければならない（修正法一九九条の一）。この新規定によれば、実体法上複数の請求権が競合する事案においては、原告がその内からある実体法上の権利のみを訴訟物として訴えを提起した場合、または裁判官が旧訴訟物理論に従って審理する場合にも、裁判官ができるだけ当事者に同じ手続を利用し、一個の紛争をより徹底的・経済的に解決する機会を与えなければならない。この意味においては、上記の規定による釈明は、当事者に手続的利益を追求する機会を与え、訴訟促進上の不意打ちを防止して、迅速な裁判の達成に役立つ手続保障を付与することにつながる。むろん、それは、訴訟制度の紛争解決機能の拡大、紛争解決の一回性といった理念を、裁判官に可及的に追求させていく、との視点からも正当化されよう。また、上述したような場合だけでなく、原告または法院が新訴訟物理論に従って訴訟の提起または審理をする場合においても、上記の規定は、裁判官による法適用上の不意打ちを防止するよう命じている、と理解される。そこで、不意打ち防止論、手続保障論がその立法上の理論的支柱であると考えられる。これとは違っ

7 邱・前出注 6 六頁。

8 日本の手続保障論は、手続保障を客観的真実・正しい裁判を得るための手段と考えるところに、その特徴があると言われる。このこと及びその後の理論的展開については、伊藤 眞「学説史からみた手続保障（一）」法教二一（一九八二年）二八頁、新堂幸司「手続保障論の生成と発展」（『民事訴訟制度の役割』（有斐閣、一九九三年）三二一頁以下、井上治典「民事訴訟における手続保障」青山善充＝伊藤真編『民事訴訟法の争点[第三版]』（有斐閣、一九九八年）六〇頁、吉野正三郎「新堂・民訴法の方法論について」東海法学二三号（二〇〇〇年）一一頁以下。なお、手続保障の観念は、日本新法の立法作業に携わった委員に共有されていることについては、新堂幸司「今回の日本民事訴訟法改正について」（『民事訴訟法学の基礎』（有斐閣、一九九八年）三九二頁。

て、上記のような明文規定を増設していない日本新法の下では、裁判官が、上に述べた意味での不意打ちをも防止することに努めなければならないか、これをいかにすべきか、ということとは、解釈論上の問題として、今後に残されていると言われる<sup>9</sup>。

(2) 裁判長は、当事者に、訴訟関係の事実及び法律につき、適当かつ完全な弁論をさせることに注意しなければならない（修正法一九九条一項）。法院は、証拠調べをする前に、訴訟に関する争点を諭示し、証人及び当事者本人の尋問を集中して行わなければならない（修正法二九六条の一）。このような規定の増設は、不意打ち裁判の防止、当事者の手続権の保障を目的とする、と立法理由に明示されている。このため、法院は、訴訟の本格的な審理に先立って、まず争点整理に努めなければならない。そして、証拠調べをする前に、法院の認識・把握しえた法律上・事実上または証拠上の争点を、当該事案の審理の必要に応じて、当事者に諭示する義務がある、とされる<sup>10</sup>。これに対して、日本新法における要証明事実の確認を求める規定（一六五条一項）は、不意打ちの防止のためにもなるとされるが<sup>11</sup>、裁判所にどこまで釈明義務を課すか、疑問の余地がある<sup>12</sup>。そもそも、今までの台湾法では、法院は、その顕著な、

または職務上知った、当事者の主張していない事実を、それにつき弁論の機会を当事者に与えた限りにおいては、判決中斟酌することができる、といった現行規定（協同主義を採用したと言われる条文）がある。これによると、法院は、証拠資料で心証上わかった事実（主要事実または間接事実）を、それを主張する機会を当事者に与えて、真実発見上の不意打ちまたは訴訟促進上のそれを防止することができる、と解されている<sup>13</sup>。これとは違って、同様な規定を有しない日本新法の下では、証拠資料を裁判の基礎とすることができるか、当事者の主張していない事実がどこまでどのように裁判資料とすることができるか、人訴法一四条但し書きを類推すべきか、といったような問題が必ずしも解決されたとは言えない<sup>14</sup>。このことを、訴訟促進上の不意打ちの防止という視点から、考え直してみることは無益ではあるまい。

(3) 法院は、当事者の申し出た証拠によって心証を得ることかできなく、真実を発見する必要があると認めるときには、職権で証拠調べをすることができる。この場合、当事者に意見陳

9 高橋宏志『重点講義民事訴訟法[新版]（有斐閣、二〇〇〇年）三八四頁、原竹裕「裁判官の法的観点の指摘と心証の披瀝」『民事訴訟法の争点[第三版]』一八九頁。

10 邱聯恭『民事訴訟審理集中化之理論與實務』司法院編『民事法律專題研究（18）』（二〇〇〇年）二二七頁、二三二頁。

11 木川統一郎＝吉田元子「新民事訴訟法第一六五条（証明すべき事実の確認等）の運用について」判タ九三五号（一九九七年）六四頁。

12 福田剛久「準備的口頭弁論と書面による準備手続」竹下守夫＝今井功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』（弘文堂、一九九八年）二九六頁は、一六五条一項が法律的争点についての確認まで求めていないとするのに対して、原・前出注 9 一八九頁は、争点整理段階における法的観点指摘義務を証明主題の確認に関する一六五条一項に求める、としている。

13 邱聯恭「処分権主義、弁論主義之新容貌及機能演變」同・前出注 3 一〇二頁、同・前出注 5『民訴研討(六)』三二九頁以下、『民訴研討(七)』一〇四頁。

14 高橋・前出注 9 三六二頁以下。

述の機会を与えなければならない（修正法二八八条）。この新規定は、職権証拠調べを許容する現行法の建前を維持しながら、その内容をより一層精緻化し、当事者に手続権の保障を認めたものであると言われる。この新規定の下では、いかに訴訟事件の類型または事案の性質・内容に応じて、職権証拠調べの範囲を適当に限定するかは、解釈論上の問題として今後に残るが、新し手続保障論の見地からは評価に値しよう。というのは、当事者への意見陳述の機会の付与によって、真実発見上の不意打ちと訴訟促進上のそれを防止することができるし、また、当事者が処分権を有する事件では、争点限縮の協議を許容し、それに拘束力を認めた修正法（二六八条の一第二項、二七〇条の一、二七一条の一）によれば、当事者双方は、上記の意見陳述の手続過程で、合意によって職権証拠調べをある程度制限することができるので、実体的利益と手続的利益との調和点における真実を確定することもできるからである。これとは対照的に、同様の規定を設けていない日本新法の下では、適正な裁判を達成するために、どのように職権証拠調べの規定を導入すべきか、といった立法論上の問題や、どのような事実、どのような証拠方法で証拠調べをすべきかを、指摘すべき義務を裁判官に課することは可能であるか、といった解釈論上の問題が、今後に残る余地がある<sup>15</sup>。

(4) 法院は、訴訟の目的物が譲渡されたことを知ったときに

15 伊藤 眞『民事訴訟法』（有斐閣、一九九八年）二六一頁、松村和徳「弁論主義考—オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆—」早稲田法学七二巻四号（一九九七年）四七三頁。

は、直ちに書面で訴訟係属を、訴訟係属中に請求の目的物をなす法律関係を譲り受けた第三者に通知しなければならない（修正法二五四条四項）。この規定は、当事者恒定主義を採用した現行法の欠陥を補うために、本訴訟の利害関係人に、事前の手続保障を付与するために増設されたものである。また、同様の手続保障を一般の訴訟の利害関係人にも保障するために、民事訴訟法の総則の中に、次のような条文が新設された。即ち、本訴訟の結果に第三者が法律上に利害関係をもつ場合、法院は、第一審または第二審の口頭弁論終結前の適当な時期に、訴訟事件及びその進行の程度を、書面で当該第三者に通知することができる、とした（草案六七条の一）。これと並んで、いわゆる事後の手続保障を付与するための規定も増設された。即ち、法律上に利害関係を持ち、自己の責めに帰することができない事由によって訴訟に関与しえなかった第三者に、厳格な条件付きで、確定判決の取消しを自己のために求める訴えの提起を許容した（草案五〇七条の一）。これらの規定は、職権による通知を手続保障の手法として、訴訟外における利害関係人に、訴訟関与権を現行法よりも一層確実に認めた、と評価されている。しかし、その適用の範囲や利害関係人の該当性に関する判断基準を、いかに具体化していくか、解釈論上の難しい問題として判例法の形成に待つばかりではあろう。これに比べれば、日本新法には、同様に条文化されたものはなく、新設された人事訴訟法三三条の下では、その準用の適切性ないし可能範囲はどうなるか<sup>16</sup>、一般の訴訟事件に係る訴訟外における利害関係者

16 高橋宏志「人事訴訟における手続保障」伊藤 眞＝徳田和幸編『講座新民事訴訟法Ⅲ』（弘文堂、一九九八年）三六〇頁以下は、手続

(例えば、法定訴訟担当の場合における実質的当事者)に対する判決効を正当化するには<sup>17</sup>、どこまで上記のような手続保障の論理によることが許されるか等は、憲法による手続保障のあり方に関連した問題として、今後の解釈論ないし立法論に残るであろう。

(5) 上述したもののほかに、迅速な裁判または適正な裁判の達成に役立つ手続保障を付与する目的で、新設された規定は、まだ数多くある。ここでは、修正法の主要な関係条文を列挙することにとどめたい<sup>18</sup>。

①訴訟救助の要件を緩和・明確にして、効力を強化した(修正法一〇七条二項、一〇九条の一)。

②挙証責任分配に関する現行法に、さらに実質的な公平を基準にする制限を付け加えた(修正法二七七条但し書き)。

③証明妨害がある場合、または証拠が相手方に偏在する場合、実質的な公平をはかるため、挙証責任を負わない相手方に協力義務を課し、それに違反するものに制裁を用意した(修正法二八二条の一第一項、三四二条三項)。

④安価で迅速な裁判の達成に役立つ手続保障を受けさせるた

保障の観点から、新法の妥当性に論評を加えている。なお、「<研究会>新民事訴訟法をめぐって(第二六回)」ジュリー—四五号(一九九八年)一〇二頁以下〔竹下守夫、青山善充発言〕を参考されたい。

17 谷口安平「民事訴訟法における憲法的保障」『民事訴訟法の争点〔第三版〕』一〇頁は、憲法による手続保障の視点から、手続保障のディレンマなどの問題を指摘している。

18 草案の関係条文については、邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」『民事訴訟法修正草案之析述与検討』(最高法院學術研究会、一九九三年)一九五頁以下を参照されたい。

めに、少額訴訟手続を創設し、多くの条文を新設した(修正法四三六条の八から三二まで)。

⑤証明妨害または文書提出命令の違反につき、制裁の裁判をする前には、当事者に弁論または意見陳述の機会を付与しなければならないとした(修正法二八二の一第二項、三四五条二項、三四七条二項)。

⑥訴訟受継を許可した決定に対して、抗告をすることができるとした(二五四条三項)。

⑦証拠保全手続において立ち会う機会を当事者に保障した(三七三条二項)。

### 三、適時審判請求権論・手続選択権論を背景にした立法

1. 前述した手続主体権保障の視点から、適時審判請求権論ないし手続選択権論も展開されてきた<sup>19</sup>。これによると、手続当事者、即ち手続主体は、手続制度の利用者として、「法」を形成・発見する主体でもあり、適時審判請求権と公正手続請求権に関する保障を付与されるべきである。従って、立法者と裁判官は、手続に係る利害関係者に、当該利害または権利義務に係るのある手続につき、相当程度の手続関与権ないし手続選択権を与えるべきである。このような権利を与えることを通じて、手続に利害を持つ関係者に、その実体的利益及び手続的利益を

19 邱・前出注 5『司法之現代化与程序法』一三五頁以下、同「程序選択権之法理」(同・前出注 3)二三頁以下、同・前出注 4 二七二頁以下。

保障する。つまり、手続制度の設立または運営に関しては、手続関係者の実体的利益の追求・保障のみではなく、手続的利益のそれにも、等しく取り組まなければならない。この二つの利益のどちらを優位的に選択するかは、憲法が係争中の財産権なり法的地位なりと係争外のそれを等しく保障しているという見地からは、第一次的には当事者の自由に委ねられなければならない。そこで、当事者は、処分自由を保障され、実体法上の処分権のみならず、手続法上の処分権をも認められるべきである。当事者は、その実体処分権により、係争の実体的利益を処分できると同時に、手続処分権により、一定の範囲内で手続的利益を処分し、手続の利用・進行によってもたらされる係争の実体的利益または係争物以外の財産権ないし自由権の損失を避けることができる。要するに、手続上の不利益が発生することは、係争の実体的利益の損失をもたらすのみではなく、係争物以外の財産権ないし自由権を減少、制限することにもつながるので、実体的利益と手続的利益とは、同価値のものであり、等しく追求・保障されなければならない。

従って、実体的利益と手続的利益をともに保障することにより、当事者の手続における主体的地位を確保・強化するために、処分権主義を採用する必要がある。このことは、当事者の係争実体権（財産権）に対する支配権を実現するためのみならず、当事者に手続的利益を追求する機会を与え、憲法によって等しく保障される係争物以外の財産権ないし自由権をより確実に保護するためにも必要である。この点から見れば、処分権主義の採用は、単に係争実体権に係る私法自治原則の貫徹のみに基づくとは言えず、上述した意味での手続主体権を確保するた

めの手段でもある。そこで、処分権主義を採用する根拠論は、係争物以外の財産権ないし自由権の保護をも考慮に入れなければならない。処分権主義の採用は、係争の実体的利益のみでなく、手続的利益をも等しく当事者に追求させる手段である。

それどころか、上述した基本的視点に立てば、当事者は国民として、実体的利益と手続的利益とのバランス点に存在する「真実」または「法」を追求することのできる時期にあるいは方式で、国家に審判してもらう権利、即ち、適時審判請求権があると言うべきである。この権利を確保・実現するために、手続制度の設立・拡充ないし運営は、上述した意味での「真実」または「法」を追求・発見することを、第一次的目標にすべきであり<sup>20</sup>、公益（納税義務者全体の手続制度を利用する利益）を損なわない一定の範囲内で、国民と当事者に手続選択権を認めるべきである。これに基づいて、当事者は実体的利益よりも手続的利益を優位に選択して追求することもあれば、逆のこともありえよう。そして、このような手続選択権の法理は、立法論にとっても、また解釈論にとっても、それぞれの指針になるべきである。どの程度までどのように手続選択権を認めるかは、手続法を制定する際にも、また手続制度を運営する際にも、取り組むべき課題となる。

このように見てくると、前述したような適時審判請求権論・手続選択権論から言えば、訴訟手続によって得た「法」（本案

20 実体的利益にかかる客観的真実の発見と、手続的利益にかかる手続促進との調和点に存在するところの「法」の発見・探求を、民事訴訟制度の目的とする、いわゆる法尋求説については、邱聯恭「民事訴訟之目的」台湾大学法学論叢二四巻一期（一九九四年）（同・前出注5『程序制度機能論』所収）一五六頁以下。

判決または裁判上の和解に示される「法」と、争点限縮の協議によって得た「法」と、調解手続によって得た「法」と、仲裁手続によって得た「法」とは、必ずしも同じものではない。利用しやすい多様な紛争解決制度を用意しておき、拡充していくことは、常に紛争当事者ないし国民に手続選択権を保障することを意味し、手続主体権の保障につながる。

以上に紹介した理論とは対照的に、日本における今までの適時審判請求権論<sup>21</sup>は、必ずしも上述した意味での「真実」または「法」の発見・探求を目指したものではないように見える。このため、若干の関連問題が再究明の対象となろう。例えば、実体的真実の発見・適正な裁判の達成をいかなる場合においても最優位に置くべきか、前述した意味での手続選択権の法理をどこまでどのように認知してよいか、日本新法が第二条の規定（裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努めなければならない、といった規定）を新設した後は、理論の構成または実務の運営に係る問題状況が変わったと言えるか、このことを、新法施行後における適時審判請求権論<sup>22</sup>または迅速な裁判を論ずるもの<sup>23</sup>は、どのように取り扱うべきか、等の問

題があろう。

2. 前述したような適時審判請求権論・手続選択権論を背景にして、それに先導された立法上の試みが多くの規定に顕れる、と評価されうる。以下にその主なものを述べることにしたい。

(1) 適時審判請求権論に説かれる「適時」とは具体的に何を指すかにつき、ある程度、当事者双方に自律的判断・決定を任せて、手続処分権・手続選択権を認めた。このための新規定は、次のようなものが挙げられる。

①前述したように、旧商務仲裁条例たる特別法を改正し、一般法である仲裁法を新たに制定した（合計五六条）。これによって、当事者双方は、商事上の紛争事件に限らず、その他の争議についても、それが和解可能なものである限り、正式の仲裁契約を締結することができる。そこで、当事者は、当該事案に係る実体的利害と手続的利害を較量・調整したうえで、仲裁手続か判決手続を自律的に選択して、「真実」ないし「法」を具体的に形成・確定しうる。同じ論理から、当事者が合意で仲裁手続を定めることも、また仲裁判断につき、法律よりも善と衡平原則の適用を求めることもできる、とした（仲裁法一九条、三一条）。

②訴訟がまだ係属していない場合には、証拠保全手続期日に出頭した当事者双方は、訴訟の目的・事実・証拠またはその他の事項につき協議（合意）を成立させることができ、その協議が訴訟の目的につき、一定の給付をすべきだとの内容を持つものであれば、執行名義となすことができる（修正法三七六条の一）。この規定は、証拠保全手続を拡充した新規定（事・物の現状の確定につき、法律上の利益が存在し、かつ必要があると

21 中野貞一郎「民事訴訟における憲法的保障」三ヶ月 章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣、一九八八年）一五頁、同「民事裁判と憲法」小島武司＝萩原金美編『講座民事訴訟①』（弘文堂、一九八四年）一八頁以下、同「司法改革の軌跡」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新上巻』（有斐閣、一九九一年）二五頁。

22 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、一九九八年）三五頁。

23 青山善充「民事訴訟における公正・迅速の確保」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点（第三版）』（有斐閣、一九九八年）一六頁、鈴木正裕「新民事訴訟法における裁判所と当事者」竹下守夫＝今井 功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』（弘文堂、一九九八年）三九頁。

認めたときにも、鑑定・検証あるいは書証の保全を申し立てることができる、とした修正法三六八条一項後段の条文）の適用の実効性を一層活かすために設けられたもので、当事者双方に手続選択の機会をより多く与えるのに役立つ、と考えられる。けだし、当事者双方は、この新規定の適用によって収集し得た資料をもとにすればするほど、当該紛争事件に係る実体的利害と手続的利害を較量しながら、手続選択に関する協議（例えば、仲裁・和解・不起訴・調停先行等の契約、あるいは起訴する場合における争点限縮契約または証拠契約）を成立させやすいからである<sup>24</sup>。そこで、上記の新規定は、紛争当事者の手続選択権の付与なり確保なりといった見地からも、肯定的評価に値すると思われる。これとは対照的に、日本新法には、同様な規定を見ることができない。このことに絡んで、新法施行後でも、提訴前の証拠開示を必要とする立法論や、新法に対する批判が出されている<sup>25</sup>。この論議は、上述したような手続選択権保障の視点を含有するものであるか、この視点を肯定的に評価しているか、といった疑問がありえよう。

③当事者は、合意で、受命裁判官に証拠調べをさせることができるとした（修正法二七〇条三項四号）。この新規定は、法院外における証拠調べに限らず、合意による直接審理の放棄を認めた点で、日本新法と違うところがある（一九五条、二一〇

24 最高法院學術研究会（王甲乙＝陳計男＝邱聯恭）「民事訴訟法修正施行後之審判実務—以集中審理為中心」法官協會雜誌二卷一期（二〇〇〇年）二一九頁以下（邱聯恭による叙述）。

25 高橋宏志『新民事訴訟法論考』（信山社、一九九八年）一三七頁、山本和彦「紛争処理の迅速化と費用の適正化」ジュリー一七〇号（二〇〇〇年）一一〇頁。

条、二一六条）。

④争点の簡單化・限縮に関する協議（例えば、ある事実または証拠を審理の対象から排除する合意）の成立とそれの合意による変更とに拘束力を認めた（修正法二六八条の一第二項、二七〇条の一、二七一条の一）。そして、相手方の同意を得た場合、自白を取り消すことが許される（修正法二七九条三項）。これらの規定によれば、合意で、手続上の不利益をもたらす争点（事実上または証拠上の争点）を審理の対象から排除するかどうかを、自律的に決定することができる。このため、当事者双方は、実体的利益と手続的利益のいずれかの追求を優位に選択することが許される。

⑤当事者双方の合意がある場合、証人は、裁判所外で書面をもって供述することができる。しかし、法院は、必要と認めるときは、証人に出頭を求めて供述させることができる（修正法三〇五条三項・四項）。この規定は、当事者双方と証人の意向をできるだけ尊重するとの趣旨から設けられたもので、その尊重する度合いが、必ずしも日本新法二〇五条による場合とは同じものではない。

⑥法院は、著しく不当と認める場合を除き、当事者が合意で指定した鑑定人を選任しなければならない（修正法三二六条二項後段）。

⑦当事者は、少額事件でない事件につき、一定の範囲内において、双方の合意で、少額訴訟手続の適用を選択することができる（修正法四三六条の八第四項）。

⑧少額事件につき、当事者の合意がある場合、法院は、証拠調べをせずに、すべての事情を斟酌して事実認定を行い、公平

に裁判することができる（修正法四三六条の一四第一号）。

⑨財産権争議に関する調解では、調解委員は、当事者双方の合意がある場合において、事件解決のための条項を酌定することができる（修正法四一五条の一）、この規定は、合意による準仲裁を認め、調解手続から準仲裁手続への転換を許容するものである。これによって、当事者双方に、実体的利益と手続的利益とのバランスのとれた調整・追求の機会を与えることができる、と考えられる。

⑩訴訟事件が、第一審に係属中であるときは、当事者双方の合意に基づき、事件を調解手続に移行することができる。このように移行した場合、訴訟手続の進行が停止する（修正法四二〇条の一）。この規定は、判決手続から調解手続への転換を認めることによって、当事者双方に、実体的利益と手続的利益のいずれを優位に追求するかにつき、選択する機会を与えることができる、と説かれる。

⑪普通法院の行使する民事裁判権と行政法院の行使する行政裁判権が衝突する場合に、当事者は、合意で普通法院に裁判してもらうことができる（草案一八二条の一）。

⑫国際訴訟競合の場合には、当事者は、合意で台湾の法院に裁判してもらうことができる。このときは、訴訟手続を中止すべきでない（草案一八二条の二）。

(2) 提訴権保障の見地や事柄の性質から、一定の場合において、第一次的に原告に手続選択権を認めた規定もある。例えば、次のようなものを挙げることができる。

①簡易事件及び少額事件につき、原告は請求の原因事実（広義）のみを示し、それを訴訟物として特定することが許され、

必ずしも実体法上の性質づけをしたうえで、ある実体権を訴訟物とする必要がない（修正法四二八条一項、四三六条の二三）。つまり、一定の原因事実の表明によって特定された紛争を訴訟物とするか、それとも特定の実体権を訴訟物とするかは、原告が選択権を有する、とされている。このような規定は、実体的利益（例えば、ある証明しやすい実体権のみを訴訟物とすることによって獲得しうる利益）と手続的利益（例えば、ある証明しがたい実体権を訴訟物としない、またはある紛争事実を訴訟物とし、同一の紛争につき訴訟の繰返しを避けることによってもたらされる出費の減少）のバランスのとれた保護をはかるために設けられたもので、従来の訴訟物理論に関する旧説と新説との対立を止揚すべく試みられた訴訟物相対論に先導され、法律に暗い原告に余計な出費を減少・回避する機会を与えている、と言われる<sup>26</sup>。このような取扱い方は、日本新法には採用されていないように見える<sup>27</sup>。

②原告は、法院に対して、残額請求につき再び提訴しないことを表明した場合に限って、高額の請求を分割して一部請求をするため少額訴訟を起こすことができる（修正法四三六条の一六）。この規定は、少額手続の濫用を防ぎ、当事者双方の公平をはかるために設けられたものである、と言われる<sup>28</sup>。これによれば、それぞれの事案における少額訴訟の提訴権濫用の有無

26 邱・前出注 13「機能演変」九二頁、同・前出注 5『民訴研討四』三二九頁・四〇三頁。

27 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、一九九六年）三二〇頁参照。

28 邱・前出注 13「機能演変」一二一頁以下。

を個別的に判断する手間を省くことができる。そして、原告は、少額訴訟を起こすことによって獲得しうる実体的利益と、回避できる手続上の不利益（出費）とを較量しながら、一部請求をするかどうかにつき、手続選択をすることができる。これとは違って、同様の規定を設けていない日本新法の下では、裁判所による上記の濫用の有無の個別的判断が必要となる、とされる<sup>29</sup>。

③金銭の損害賠償請求事件につき、原告は、訴訟物を特定するために陳述した請求原因事実の範囲内において、請求の趣旨で最低請求額だけを表明して、第一審口頭弁論終結時まで、請求全額の補充をすることができる（修正法二四四条四項）。この規定は、損害の証明困難による、原告の費用負担の不合理ないし権利救済の不都合を、できるだけ緩和するために、原告に手続選択の機会を与えたもので、いわゆる事件類型審理論<sup>30</sup>からも評価されうる。これによって、原告は、最低請求額の申立てで得ることができる実体的利益と、請求全額の申立てに伴いがちな手続的不利益とを較量しながら、いずれかの申立ての方式を選択して利用することができる。これとは対照的に、上記のような規定を設けていない日本新法の下では、いかに例外的に請求の特定性を緩和してよいか、といった問題は、既に提起されている<sup>31</sup>。そして、上記の条文に呼応するものとして

29 松浦 馨「新少額訴訟制度の趣旨・目的と性質並びに若干の問題点について」司法研修所論集一〇〇号（一九九八年）六二頁、中野貞一郎＝松浦 馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』（有斐閣、一九九八年）五五九頁。

30 邱聯恭「程序保障之機能」台湾大学法学論叢一七卷一期（一九八七年）（同・前出注5『程序制度機能論』所収）七五頁以下。

は、次に述べる修正法二二二条二項がある。

(3) 適時審判請求権保障の見地から、裁判官による裁量権行使も、実体的利益と手続的利益の両面を併せて考慮に入れなければならない。この理論を背景に新設された規定は、次のようなものがある。

①法院は、当事者が損害を被ったことを証明しえたが、その数额を証明できず、あるいはその証明に著しく重大な困難がある場合には、一切の事情を斟酌して、形成した心証により数额を認定すべきである（修正法二二二条二項）。この規定は、損害額認定困難から当事者を救済するために導入され、裁判官に、ある程度の裁量権を付与したものである、と考えられる。この点からすると、裁判官は、損害額の完全な証明によってもたらされるであろう手続的不利益（例えば、鑑定を依頼した場合に生ずる出費）と係争の実体的利益とのバランスがとれるよう裁量権を行使しなければならない。

②法院は、特定の範囲内において、事案の複雑さや当事者の意向等を考慮に入れたうえで、適当と認めるときには、簡易事件につき通常訴訟手続へ、そして少額事件につき簡易訴訟手続へ、それぞれ転換・移行して、同一の裁判官で審理することができる（修正法四二七条五項、四三六条の八第二項）。このような規定は、同一の事件につき、同じ訴訟手続において、その前段階では簡易または少額手続法を、そしてその後段階では通常または簡易手続法を適用する、といった取扱いを許容するも

31 坂本恵三「新民訴法二四八条をめぐる諸問題」民事訴訟雑誌四五号（一九九九年）二三四頁。

のである。つまり、事物管轄の問題に関係なく、同一の手続の前後段階における相異なる手続法理の交錯適用を認めるものである。ここでの裁量権の行使は、当該事案における迅速な裁判または適正な裁判の達成に対する要求の度合いに応じて、当事者に、実体的利益と手続的利益とのバランスある追求の機会を付与することを、目指さなければならない。

③法院は、当該事件の性質・証人の状況などに応じて、適当と認めるときには、証人に、当事者双方と会合して公証人の面前で、陳述書を作成することを命ずることができる（修正法三〇五条二項、四三三条二項・三項）。ここでの裁量的判断は、証人の出頭・尋問によってもたらされるであろう手続的不利益（出頭のための時間・費用の負担）と係争の実体的利益とのバランスをはかってなされるべきであろう。

④修正法は、審理の集中化を促進するために、多様な争点整理手続を用意し、その選択基準を法定しておらず、個別事案ごとに、裁判官に手続選択の裁量権を与えている（二五〇条、二六七条ないし二六八条の一、二七〇条ないし二七一条の一）。この裁量権を行使するに際して、裁判官は、迅速な裁判または適正な裁判の達成に対する個別事件の要求の度合いに応じて、当事者の手続主体性をできるだけ尊重し、実体的利益と手続的利益を併せて考慮に入れなければならない、と要請されている<sup>32</sup>。例えば、当事者双方が書面先行手続（修正法は、日本新法と違って、必ずしも当事者が遠隔地に居住していることなどを

要件としない手続を採用している）を選択して争点整理を行うことに合意した場合には、このような意向をできるだけ尊重すべきである、と説かれる。この点からすれば、書面先行手続を争点整理のための原則的手続の一つとして並置した修正法は、それを例外的なものとししか認めない日本新法よりも、書面主義を強調している、と言えよう。また、裁判官（受命裁判官を含む）は、いわゆる争点簡化協議手続を選択して、争点整理を行う場合には、できるだけ当該事案に係る実体的利害と手続的利害を釈明しながら、当事者の自律的判断による争点限縮の協議（合意）の達成を促すように努めなければならない、と言われる。ここでは、弁論準備手続の当事者双方の申立てによる必要的取消しを法定していないため、それが必ずしも裁量権行使の制約とはならない。この点は、日本新法（一七二条）と異なる。

⑤修正法は、通常事件につき、多くの場合で、裁判官の裁量に手続事項の選択や手続効果の判定を委ねている。これに属する規定の例としては、適時提出主義の採用に伴う「適当時期」の該当性判断または失権強化のための制裁（一九六条、二六八条の二第二項、二七六条、四四七条但書き）、証明妨害に対する制裁（二八二条の一第一項）、準備手続終了後における攻撃防禦方法の提出についての、相手方当事者または職権による説明要求の必要性の判断（二六八条の二第一項）、説明義務違反の場合における失権効果の判断（同条二項）、証明妨害に対する制裁（二八二条の一第一項）、職権証拠調べの必要性の判断（二八八条一項）、当事者による鑑定人指定の适当性の判断（三二六条二項）、科学技術設備による証人尋問を許容するこ

32 邱聯恭「争点整理方法論序（中）—概述其与民事訴訟法有関促進審理集中化修正条文之関連」『争點整理方法論』（二〇〇一年）三一頁以下。

との適当性の判断（三〇五条五項）、文書提出命令に従わない場合の制裁（三四五条一項）、挙証責任を負わない当事者による協力の必要性の判断（三四二条三項）、秘密保護のための非公開審理の必要性の判断（三四四条二項）、当事者本人訊問の必要性の判断（三六七条の一）などがある。これらの場合における裁量権・訴訟指揮権の行使は、適時審判請求権論と手続選択権論の視点から言えば、実体的利益にかかる客観的真実の発見と、手続的利益にかかる訴訟促進との調和点に存するところの「真実」または「法」を追求することを目指して、このための機会をできるだけ当事者に付与すべきである、と言われる。そして、この視点と事件類型審理論の見地から、集中審理のための諸規定や方策を位置づけるべきである、とも考えられる。

⑥少額事件において、法院は、証拠調べが著しく不相当にコストを費やさせる場合には、証拠調べをせずに、一切の事情を斟酌して事実認定を行い、公平に裁判することができる（修正法四六三条の一四）。この規定は、費用相当性の要請を貫徹するために、仲裁法理ないし非訟法理を採用して、実体的利益よりも手続的利益を優位に追求している。この意味においては、上記の規定は、両面の利益の調和をはかろうとするものである、と言えよう。

#### 四、結び

以上、本稿では、台湾における民事訴訟法の改革とその理論的支柱なり背景なりを概観してみた。近時、台湾における法改正は、民事手続法の各分野に及び、かつ多岐にわたっており、

作業がなお継続中である。このため、修正法と草案に対するより確かな評価は、それら改正内容を細部まで検討したうえで行われなければならない。

元来、法制の沿革面から見れば、台湾法は、日本法と同じく西欧型に端を発した。そして、法継受後における台湾の民事訴訟法学の進展も、日本の学問的成果から刺激なり啓発なりを受けたことが多くある。ところで、台湾では、二〇余年以来の民事訴訟法に関する学問上の展開につれて、民事訴訟法の改正作業も着々と加速的に進んでいる。この法改正は、もはや一昔の状況とは変わって、台湾本土で改めて発展し遂げた理論に先導されて行われたものがある。このような理論は、これからも訴訟制度を構築していくための道標として、先導的役割を果たすであろう、と予測される。要するに、近年における台湾の民事訴訟法改革の成果は、決して貧しいものではない。本稿で紹介・分析した事例からわかるように、その示した方向性には、いくつかの特徴がはっきりと見て取られる。

第一に、改革理論は、当事者の手続主体性の強化・手続権保障の精緻化の方向に動いている。形式ばったところをできるだけ排除し、訴訟制度を市民により身近なものに改めようとしている。ここで指標たるべきものとされる手続法理は、基本権保障といった憲法上の価値理念に理論的に裏付けられている。このため、台湾における民事訴訟法をめぐる今後の解釈論や立法論は、手続基本権保障の視点を見落とすことができないであろう。この点からすれば、近時の民事訴訟法改革は、憲法と民事手続法の対応関係のあり方に関する論議をさらに浮き彫りにした、と言えよう。

第二に、法改正の作業は、適時審判請求権保障の確実化・手続選択権の法理の具体化を目指している。このような方向性を示したのは、紛争当事者に手続選択の機会を広汎に付与するための規定が多く新設された、ということである。これらの新規定は、実体的利益にかかる客観的真実の発見と、手続的利益にかかる訴訟の促進との調和点に存するところの「真実」または「法」の発見・探求を目指すのであればであるほど、手続制度の利用ないし運営は、必ずしも客観実体法に100パーセント一致する紛争解決を追求しないであろう。この点から考えると、民事訴訟法をめぐる今後の解釈論ないし立法論は、併せて適時審判請求権保障と手続選択権保障の視点から、民事実体法と民事手続法とのあるべき相互関係に関する論議をしなければならないであろう。

第三に、裁判官に裁量権を付与し、それに手続選択を委ねる多くの新規定は、決して裁量権行使を自己目的化させたものではない。むしろ、当事者の実体的利益と手続的利益を同価値のものとして、どちらを優位に置くか、また何が「適時」かにつき、第一次的に当事者に決定権・選択権を認めるべきである、といった適時審判請求権論・手続選択権論の視点に立つ限りにおいては、裁量権の行使は、当事者の利益保護のために制約される場合がありうる。そこで、民事訴訟法をめぐる今後の解釈論ないし立法論は、上記の視点から、裁判官の裁量権行使のあり方を再検討する必要があるだろう。

実のところ、台湾における民事訴訟法の改革に先導的役割を果たした理論は、決して以上に叙述したものに限られない。つまり、さらにいわゆる紛争事件類型審理論、手続法理交錯適用論

・心証公開論・弁護士役割論ないし手続安定の要請等の視点から、修正法や草案の示した改革の方向性を分析することもできよう。なお論じたいことが多くあるが、別の機会に譲りたい。

【新堂幸司先生古稀祝賀論集「民事訴訟法理論の新たな構築（上）」（有斐閣、二〇〇一年）】

相關圖表

〔圖表一〕

| 事件<br>型態     | 當事人          | 訴之聲明<br>→a             | 權利之主張、爭執<br>→b                                                                                             | 與事實審理活動有關之事實、資料                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------|--------------|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|              |              |                        |                                                                                                            | c<br>(推定事實、主要事實)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | d<br>(前提事實、間接事實)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | e<br>(補助事實)                                                                                                                                                                                                                                                             |
| x→原告<br>y→被告 | x→原告<br>y→被告 | x→y應將乙物返還予x<br>y→駁回x之訴 | △x有無因時效或繼承而取得乙物所有權？<br>△依x、y間成立之契約究發生租賃權或借用權？<br>△x是否已取得終止權<br>↓<br>△x有無租賃物返還請求權或借用物返還請求權？x有無可行使之所有物返還請求權？ | c <sub>1</sub> →x由於一定時效期間之經過而取得或善意取得乙物等事實<br>c <sub>2</sub> →x、y間就乙物出租及租金額曾意思表示一致之事實<br>c <sub>3</sub> →y欠租之事實<br>c <sub>4</sub> →x曾定期限催告y付租金並表示終止之事實<br>c <sub>5</sub> →乙物之原所有人死亡時，x為其唯一繼承人之事實<br>c <sub>6</sub> →x拋棄繼承之事實<br>c <sub>7</sub> →y曾有違約轉租之事實<br>c <sub>8</sub> →x以y違約轉租為由，向y表示終止租賃關係之事實<br>c <sub>9</sub> →x、y間就①y使用乙物、②使用後還x、③y之使用為無償等事實曾合意<br>c <sub>10</sub> →c <sub>3</sub> 之合意時，x將乙物交付y之事實 | d <sub>1</sub> →x曾向友人表明乙物係其所有事實<br>d <sub>2</sub> →訴外人z曾聽聞y表示有意向x商用乙物<br>d <sub>3</sub> →y曾交付現金二千元予x之事實<br>d <sub>4</sub> →y常在乙物附近生活之事實<br>d <sub>5</sub> →y曾以某非訟事件處為收件人投函不繼承<br>d <sub>6</sub> →x曾託人向y催討相當租額的金錢之事實<br>d <sub>7</sub> →x曾見聞y使用乙物，卻未置可否，並未表示反對之事實<br>d <sub>8</sub> →x曾託友人詢問y是否有意在某日將乙物返還之事實<br>d <sub>9</sub> →…… | e <sub>1</sub> →……<br>e <sub>2</sub> →……<br>e <sub>3</sub> →……<br>e <sub>4</sub> →……<br>e <sub>5</sub> →……<br>e <sub>6</sub> →……<br>e <sub>7</sub> →……<br>e <sub>8</sub> →……<br>e <sub>9</sub> →……<br>e <sub>10</sub> →……<br>e <sub>11</sub> →……<br>e <sub>12</sub> →…… |
|              |              |                        |                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | f <sub>1</sub> →……<br>f <sub>2</sub> →……<br>f <sub>3</sub> →……<br>f <sub>4</sub> →……<br>f <sub>5</sub> →……<br>f <sub>6</sub> →……<br>f <sub>7</sub> →……<br>f <sub>8</sub> →……<br>f <sub>9</sub> →……<br>f <sub>10</sub> →……<br>f <sub>11</sub> →……<br>f <sub>12</sub> →…… |

(1)

|               |               |                                                        |         |                                      |                                                                                                                                                                                                              |                                                                                      |                                                                                      |
|---------------|---------------|--------------------------------------------------------|---------|--------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| x→原告<br>y→被告  | x→原告<br>y→被告  | x→y應支付五十萬元予原告(y應自某年某月某日起至某年某月某日止按月支付x利息一萬元)<br>y→駁回x之訴 | 利息支付請求權 | x、y間曾有按一定利率支付利息之約定(按月支付一萬元利息之約定)     | d <sub>1</sub> →x曾經從y每月受領一萬元之事實<br>d <sub>2</sub> →y曾至x處商請本月份利息允予寬限之事實<br>d <sub>3</sub> →y曾對x承認除本件借款外，二人間別無他項債務之事實<br>d <sub>4</sub> →該一萬元係他筆借款的利息之事實<br>d <sub>5</sub> →y曾以z(x之另一債務人)之代理人的身份到x處為遲付利息而道歉之事實 | e <sub>1</sub> →……<br>e <sub>2</sub> →……<br>e <sub>3</sub> →……<br>e <sub>4</sub> →…… | f <sub>1</sub> →……<br>f <sub>2</sub> →……<br>f <sub>3</sub> →……<br>f <sub>4</sub> →…… |
|               |               |                                                        |         |                                      | d <sub>1</sub> →y、z之血型與其間為父子一事不背馳<br>d <sub>2</sub> →y、z之臉型及身體之其他部位多相類似處<br>d <sub>3</sub> →y曾有相當於z之父的態度表現<br>d <sub>4</sub> →在z受胎當時，x、y間曾有性關係<br>d <sub>5</sub> →x在上述受胎期內，另與其他男人發生性關係                       | e <sub>1</sub> →……<br>e <sub>2</sub> →……<br>e <sub>3</sub> →……<br>e <sub>4</sub> →…… | f <sub>1</sub> →……<br>f <sub>2</sub> →……<br>f <sub>3</sub> →……<br>f <sub>4</sub> →…… |
| x等→原告<br>y→被告 | x等→原告<br>y→被告 | x等人→y工廠應賠償x等人各五十萬元<br>y工廠→駁回x等人之訴                      | 損害賠償請求權 | 河川中魚類被y化學工廠所排出之水銀化合物所污染，x等予以捕食後罹患公害病 | d <sub>1</sub> →致病物質為水銀<br>d <sub>2</sub> →致病物質到達x等之途徑(污染途徑)<br>d <sub>3</sub> →y工廠為致病物質之造成、排出<br>d <sub>4</sub> →y工廠未造成、排出致病物質                                                                              | e <sub>1</sub> →……<br>e <sub>2</sub> →……<br>e <sub>3</sub> →……<br>e <sub>4</sub> →…… | f <sub>1</sub> →……<br>f <sub>2</sub> →……<br>f <sub>3</sub> →……<br>f <sub>4</sub> →…… |

(2)

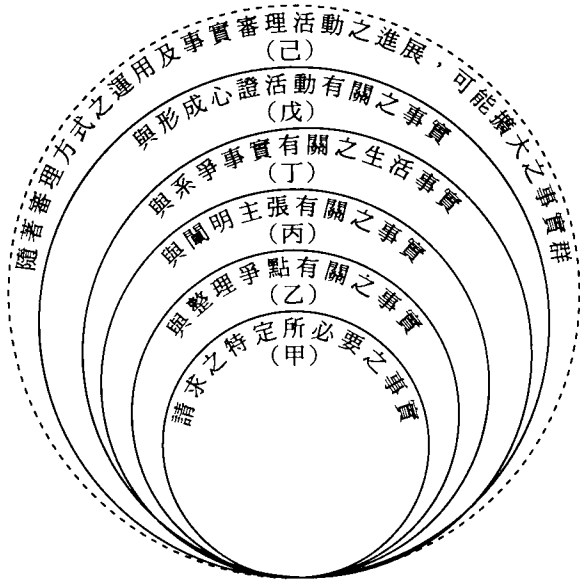
(3)

(4)

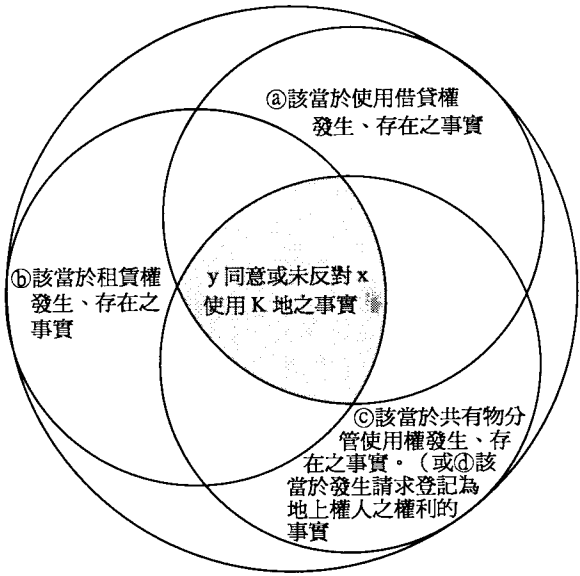
|                    |  |               |         |                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                             |                                                                                                                                             |
|--------------------|--|---------------|---------|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 原告<br>x→被告<br>y→被告 |  | Y應賠償X<br>八十萬元 | 損害賠償請求權 | Y某日駕車撞及X之行爲有過失 | <div>d<sub>1</sub>→駕車前或駕車時 Y 曾飲酒多量之事實</div> <div>d<sub>2</sub>→駕車中 Y 曾轉頭往旁處看之事實</div> <div>d<sub>3</sub>→Y 操作汽車方向盤有錯誤之事實</div> <div>d<sub>4</sub>→Y 超速行車之事實</div> <div>d<sub>5</sub>→車上安全設備(煞車器等)的檢查整修欠周之事實</div> <div>d<sub>6</sub>→駕駛中 Y 與助手邊談笑之事實</div> <div>d<sub>7</sub>→Y 忽視交通信號之事實</div> <div>d<sub>8</sub>→Y 未領有駕駛執照之事實</div> <div>d<sub>9</sub>→Y 在人行道上駕車撞及 X 之事實</div> <div>d<sub>10</sub>→X 亦駕車於行駛中曾轉頭往旁處看之事實</div> <div>d<sub>11</sub>→X 亦駕車超速行駛之事實</div> | <div>c<sub>1</sub>→……</div> <div>c<sub>2</sub>→……</div> <div>c<sub>3</sub>→……</div> <div>c<sub>4</sub>→……</div> <div>c<sub>5</sub>→……</div> | <div>f<sub>1</sub>→……</div> <div>f<sub>2</sub>→……</div> <div>f<sub>3</sub>→……</div> <div>f<sub>4</sub>→……</div> <div>f<sub>5</sub>→……</div> |
|--------------------|--|---------------|---------|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

(5)

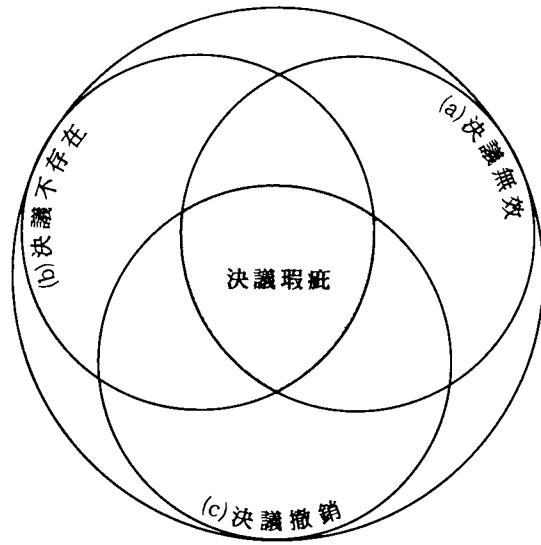
〔圖表二〕



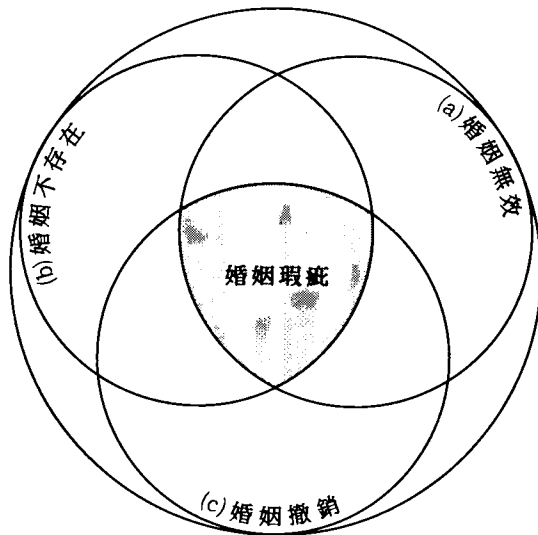
〔圖表三〕



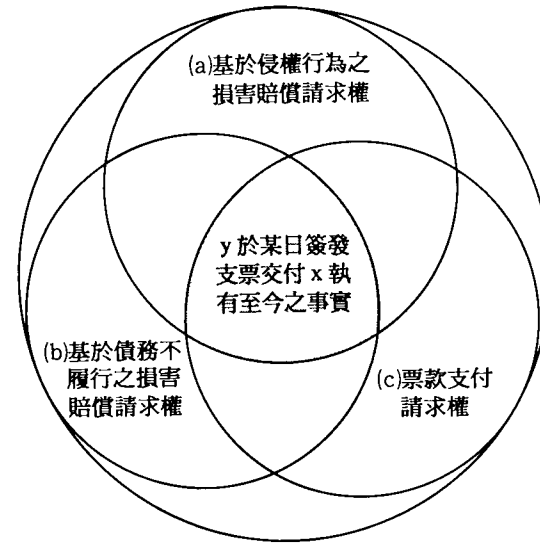
〔圖表四〕



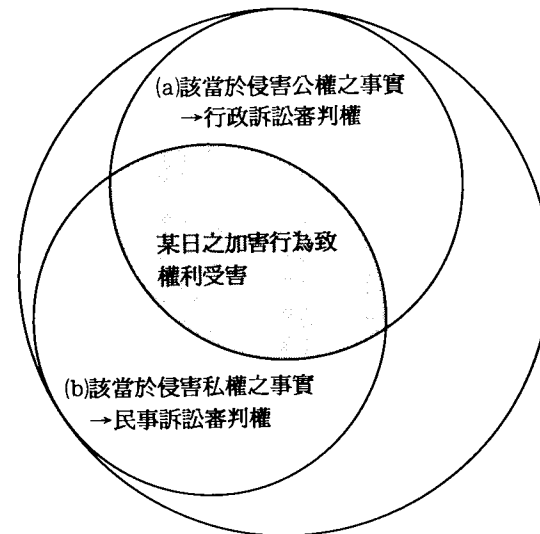
〔圖表五〕



〔圖表六〕



〔圖表七〕



〔圖表八〕

| 事件類型                      | 事件之特性                                        | 判決之基礎事實                                          | 主要審理方向                          | 主要程序法理                                                                   |
|---------------------------|----------------------------------------------|--------------------------------------------------|---------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| 確認所有權事件                   | △過去事實之認定<br>△法律之適用<br>△權利存否訟爭對立性<br>△權利確定目的性 | 該當於取得權利之事實（如：不動產登記完成、動產占有移轉、取得時效完成、繼承或善意取得……等事實） | 掌握成為爭點之要件事實<br>↓<br>需求有助於此之審理方式 | △處分權主義<br>△辯論主義（主張、舉證責任等）<br>△言詞主義<br>△直接主義<br>△公開主義<br>△嚴格證明<br>△二當事人主義 |
| 請求履行買賣契約<br>或<br>確認買賣關係事件 | △過去事實之認定<br>△法律之適用<br>△權利存否訟爭對立性<br>△權利確定目的性 | 該當於發生請求權及買賣關係之要件事實（就買賣標的物及價金額意思表示一致之事實等）         | 掌握成為爭點之要件事實<br>↓<br>需求有助於此之審理方式 | △處分權主義<br>△辯論主義（主張、舉證責任等）<br>△言詞主義<br>△直接主義<br>△公開主義<br>△嚴格證明<br>△二當事人主義 |

〔圖表九〕

| 當事人          | 訴之聲明<br>→a                                                                                                                | 權利之主張、爭執<br>→b | 與事實審理活動有關之事實、資料                                                                                                                                                                                                            |                  |                                                                                      |                                                                                      |
|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
|              |                                                                                                                           |                | c<br>(推定事實、主要事實)                                                                                                                                                                                                           | d<br>(前提事實、間接事實) | e<br>(補助事實)                                                                          | f<br>(證據)                                                                            |
| 甲→原告<br>乙→被告 | 甲：乙不得使其所有（屬）某處機器運轉、操作所發噪音及震動，超過自每日上午七時至下午九時間噪音○○分貝、震動每秒○○毫米，又，上午六時至七時及下午九時至十二時間噪音○○分貝、震動每秒○○毫米，侵入如附表所示甲之住居地內。<br>乙：駁回甲之請求 | △甲：生活妨害制止請求權   | d <sub>1</sub> →有關受害狀況之事實<br>d <sub>2</sub> →有關妨害人乙主觀上惡性之事實<br>d <sub>3</sub> →有關妨害態樣之事實<br>d <sub>4</sub> →有關妨害發生之地域性、公共性等事實<br>d <sub>5</sub> →有關能否防止損害發生之事實<br>d <sub>6</sub> →有關能否防止損害發生之利害大小等事實<br>d <sub>7</sub> →…… |                  | e <sub>1</sub> →……<br>e <sub>2</sub> →……<br>e <sub>3</sub> →……<br>e <sub>4</sub> →…… | f <sub>1</sub> →……<br>f <sub>2</sub> →……<br>f <sub>3</sub> →……<br>f <sub>4</sub> →…… |

## 條文索引

## 民事訴訟法

- 第28條第2項……………73,311  
 第32條……………273  
 第41條第3項……………130  
 第42條……………130  
 第44條……………131,264  
 第44條之1……………73,133,301  
 第44條之1第2項……………261,313  
 第44條之1第3項……………264  
 第44條之2……………73,119  
 第44條之2第1項……………311  
 第44條之2第5項……………313  
 第44條之3……………73,157,254,272,303  
 第44條之4……………122,255  
 第44條之4第1項……………313  
 第53條第3款……………124  
 第56條之1……………312,313  
 第58條……………152  
 第58條第3項……………255  
 第66條……………127  
 第67條之1……………127,131,146,150,210  
 第67條之1第1項……………313  
 第68條……………185  
 第68條第1項……………226,286  
 第77條之22第1項……………122  
 第77條之22第2項……………73,254  
 第77條之25……………122  
 第77條之25第2項……………254  
 第81條……………255  
 第82條……………255  
 第83條……………44  
 第84條……………44  
 第153條之1……………53  
 第182條之1第1項但書……………261  
 第182條之2第1項但書……………261  
 第182條之2第1項……………313  
 第190條……………313  
 第193條第1項……………49  
 第195條之1……………311  
 第195條第1項……………241  
 第195條第2項……………216,241,290  
 第196條第1項……………216,271  
 第196條第2項……………217,313  
 第197條……………64  
 第197條第2項……………273  
 第199條……………38,190,249  
 第199條第1項……………200  
 第199條之1  
 ……10,12,21,187,190,193,205  
 第199條之1第1項  
 ……50,97,101,112,249  
 第203條第1款……………226  
 第203條第4款……………235  
 第205條……………133,193  
 第222條……………233,306  
 第222條第2項……………14,34,75,302  
 第242條第3項……………312  
 第244條第1項第2款  
 ……48,50,99,126  
 第244條第1項第3款……………264  
 第244條第2項……………97  
 第244條第3項……………126  
 第244條第4項  
 ……13,36,38,45,75,302,306  
 第246條……………312  
 第247條……………57,202  
 第247條第1項……………210,314  
 第247條第3項……………205  
 第248條……………195  
 第249條第1項第6款……………247,252  
 第249條第2項……………74,247,249  
 第249條第3項……………240,247,252,313  
 第253條……………71,153,193  
 第254條第4項……………148,150  
 第255條第1項……………124  
 第255條第1項第2款……………196  
 第255條第1項第3款  
 ……15,38,59,110  
 第255條第1項第5款……………125  
 第256條……………49  
 第258條第2項……………77  
 第266條……………13,241,290  
 第266條第1項第1款  
 ……46,48,99,126,246,264  
 第266條第4項……………229  
 第267條……………230  
 第268條……………216,227  
 第268條後段……………229  
 第268條之1……………215  
 第268條之1第2項……………284  
 第268條之2之立法理由……………219  
 第268條之2第1項  
 ……54,216,282,313  
 第268條之2第2項……………217,286  
 第269條第1款……………226  
 第269條第3款……………232  
 第269條第4款……………232,235  
 第270條第3項……………260  
 第270條第3項第3款……………313  
 第270條第3項第4款……………61,75  
 第270條之1……………31,215,311  
 第270條之1之立法理由……………263  
 第270條之1第3項……………274  
 第271條……………216  
 第271條之1……………215,311  
 第272條……………10  
 第272條第1項……………187

- 第276條……………217  
 第276條之立法理由……………219  
 第276條第1項……………314  
 第277條……………293, 299  
 第277條但書……………290, 311  
 第277條但書之立法理由……………291  
 第278條……………247  
 第278條第2項……………44  
 第279條第3項……………172, 260, 274, 279  
 第280條……………67  
 第280條第3項……………65  
 第282條……………66  
 第282條之1……………241, 290  
 第282條之1之立法理由……………291  
 第282條之1第1項……………276, 314  
 第283條……………235  
 第285條第1項……………114, 216  
 第288條……………235  
 第289條……………235  
 第289條第2項……………311  
 第296條之1……………215, 289  
 第296條之1第1項……………42  
 第298條……………289  
 第298條第1項……………63  
 第298條第2項……………215  
 第305條第2項……………42, 62, 311  
 第305條第3項……………62, 260  
 第305條第5項……………311  
 第320條第1項……………288  
 第320條第3項……………288, 313  
 第326條第2項……………31, 260  
 第326條第2項但書……………311  
 第328條……………235  
 第330條第1項……………312  
 第335條……………232  
 第337條第1項……………312  
 第337條第1項後段……………232  
 第339條……………235  
 第340條……………235  
 第342條第3項……………68, 216, 241, 290, 313  
 第342條第3項之立法理由……………291  
 第344條……………217, 241, 295  
 第344條之立法理由……………219, 291  
 第344條第1項第5款……………68, 290  
 第344條第2項……………312  
 第345條……………290  
 第345條第1項……………228, 314  
 第348條……………217, 312  
 第350條……………312  
 第357條之1之立法理由……………219  
 第357條之1第1項……………314  
 第357條之1第3項……………314  
 第358條第2項……………314  
 第363條第3項……………312  
 第367條……………290  
 第367條之1……………36, 43, 45, 217, 290  
 第367條之1之立法理由……………220  
 第367條之1第1項……………312  
 第367條之2……………313  
 第368條……………217, 228, 290  
 第368條之立法理由……………220  
 第368條第1項……………170  
 第368條第1項後段……………16, 312  
 第368條第1項後段之立法理由……………262  
 第375條之1……………312  
 第376條之1……………16, 21, 229, 260, 276  
 第376條之1之立法理由……………262  
 第376條之1第1項……………171, 232  
 第376條之2第1項……………312  
 第377條……………258  
 第377條之1……………29, 131, 175, 258, 309  
 第377條之2……………131, 178, 309  
 第377條之2第1項……………313  
 第380條第1項……………175  
 第381條第1項……………248, 250  
 第381條第2項……………131  
 第382條……………131  
 第382條第2項……………210  
 第383條第2項……………216, 313  
 第386條第2款……………312  
 第388條……………99  
 第395條第2項……………259  
 第397條第1項……………307, 311  
 第401條第2項……………128, 153  
 第403條第1項第11款……………44  
 第404條第2項……………77  
 第406條之1……………180, 271  
 第411條……………180  
 第415條之1……………26, 75, 180, 258, 309  
 第415條之1第1項……………261  
 第417條……………26  
 第419條……………174  
 第420條之1……………26, 75, 180, 258, 261  
 第422條……………31, 182  
 第427條第4項……………77  
 第427條第5項……………79  
 第428條第1項……………45, 50  
 第436條之14……………75, 308  
 第436條之14第1款……………261  
 第436條之23……………50  
 第436條之26第1項……………77  
 第436條之9……………73  
 第441條之1……………314  
 第441條第1項第4款……………216  
 第444條之1第4項……………217, 285, 313

|                           |               |                      |          |
|---------------------------|---------------|----------------------|----------|
| 第444條之1第5項·····           | 217, 285      | 第507條之5·····         | 240      |
| 第446條第1項·····             | 55, 59, 125   | 第526條第2項·····        | 312      |
| 第446條第1項但書·····           | 15            | 第531條第2項·····        | 259      |
| 第447條·····                | 217           | 第533條·····           | 259      |
| 第447條第1項但書·····           | 314           | 第536條第1項·····        | 312      |
| 第447條第1項第5款·····          | 285           | 第538條·····           | 158      |
| 第447條第1項第6款·····          | 285           | 第538條第1項·····        | 312      |
| 第447條第3項·····             | 285           | 第538條之1·····         | 158      |
| 第449條之1·····              | 240, 247, 313 | 第538條之2·····         | 163, 259 |
| 第451條之1·····              | 79            | 第574條第4項·····        | 261      |
| 第463條·····                | 285           |                      |          |
| 第466條之1·····              | 286, 185      | <b>民事訴訟合意選定法官</b>    |          |
| 第466條之2·····              | 185           | <b>審判暫行條例</b>        |          |
| 第466條之3·····              | 185           | 第1至第3條·····          | 261      |
| 第466條之3第1項·····           | 256           |                      |          |
| 第466條之4·····              | 261           | <b>強制執行法</b>         |          |
| 第469條之1第2項·····           | 314           | 第4條之2第1項第2款·····     | 128      |
| 第469條第1款至第3款、第5款<br>····· | 272           |                      |          |
| 第469條第1項第3款·····          | 272           | <b>民法</b>            |          |
| 第469條第1項第4款·····          | 272           | 第133條·····           | 174      |
| 第474條第1項但書·····           | 312           | 第242條·····           | 148      |
| 第492條·····                | 312           | 第442條·····           | 100      |
| 第498條之1·····              | 253           | 第821條·····           | 148, 154 |
| 第502條第2項·····             | 240           | 第1052條第1項各款及第2項····· | 96       |
| 第507條之1·····              | 150, 255      |                      |          |
| 第507條之4第1項·····           | 312           |                      |          |

|             |     |
|-------------|-----|
| 第1063條····· | 212 |
|-------------|-----|

## 仲裁法

|           |         |
|-----------|---------|
| 第13條····· | 24      |
| 第19條····· | 183     |
| 第21條····· | 174     |
| 第31條····· | 33, 174 |

## 消費者保護法

|                |     |
|----------------|-----|
| 第44條至第46條····· | 183 |
| 第53條·····      | 272 |
| 第54條·····      | 133 |

## 公司法

|            |     |
|------------|-----|
| 第214條····· | 148 |
|------------|-----|

## 裁判索引

|                   |     |                   |     |
|-------------------|-----|-------------------|-----|
| 大法官會議釋字第355號決議    | 3   | 最高法院52年度台上字第1240號 |     |
| 最高法院63年第4次民庭庭推總會  |     | 判例                | 207 |
| 議                 | 3   | 最高法院52年度台上字第1922號 |     |
| 最高法院63年第6次民庭庭推總會  |     | 判例                | 207 |
| 議                 | 3   | 最高法院56年度台上字第3064號 |     |
| 最高法院66年第9次民庭庭推總會  |     | 判決                | 97  |
| 議                 | 3   | 最高法院70年台上字第1208號判 |     |
| 最高法院86年度第2次民事庭會議  | 96  | 決                 | 3   |
| 最高法院90年度第15次民庭會議  | 3   | 最高法院71年台上字第3729號判 |     |
| 最高法院27年度上字第316號判例 | 207 | 決                 | 3   |
| 最高法院29年度上字第473號判例 | 207 | 最高法院72年度台上字第1541號 |     |
| 最高法院40年度台上字第1827號 |     | 判決                | 96  |
| 判例                | 207 | 最高法院73年度台上字第358號判 |     |
| 最高法院42年度台上字第1031號 |     | 決                 | 93  |
| 判例                | 207 | 最高法院74年度台上字第2699號 |     |
| 最高法院45年度台上字第1787號 |     | 判決                | 96  |
| 判例                | 207 | 最高法院76年度台上字第1783號 |     |
| 最高法院49年度台上字第1813號 |     | 判決                | 94  |
| 判例                | 207 | 最高法院77年度台上字第938號判 |     |
| 最高法院51年度台上字第2307號 |     | 決                 | 94  |
| 判例                | 208 | 最高法院86年度台上字第1364號 |     |
| 最高法院51年度台上字第3623號 |     | 判決                | 107 |
| 判決                | 97  | 最高法院86年度台上字第3760號 |     |
|                   |     | 判決                | 94  |
|                   |     | 最高法院89年度台上字第2560號 |     |
|                   |     | 判決                | 94  |
|                   |     | 最高法院90年度台上字第611號判 |     |

|                   |     |                   |     |
|-------------------|-----|-------------------|-----|
| 決                 | 115 | 判決                | 61  |
| 最高法院91年度台上字第1043號 |     | 宜蘭地方法院85年度宜簡字第121 |     |
| 判決                | 97  | 號判決               | 155 |
| 最高法院91年度台上字第1085號 |     | 宜蘭地方法院87年度訴字第281號 |     |
| 判決                | 98  | 判決                | 155 |
| 最高法院92年度台上字第1547號 |     |                   |     |

## 事項索引

## 一畫

一般性事案解明協力義務與個別的  
事案解明協力義務之區別實益

..... 297

一般性事案解明義務

——與客觀舉證責任論 ..... 299

——與辯論主義 ..... 292

——解明義務肯、否說之論點

..... 292

一般性促進訴訟義務 ..... 52, 215

一貫性

——之法理 ..... 74

——有欠缺與顯無理由之起訴

..... 250

——審理與法律觀點表明 ..... 249

——審理與醫療訟爭事件 ..... 250

## 三畫

小額事件

——與公平之裁判 ..... 40

——與促進訴訟的突襲 ..... 41

——與程序利益保護原則 ..... 39

——與程序利益保護原則 ..... 308

——與程序法上非訟化 ..... 308

——與職權裁量法理 ..... 41

——與實體法上非訟化 ..... 308

——與調解前置主義 ..... 44

小額訴訟及簡易訴訟之前導法理

..... 40

## 四畫

不作為請求訴訟 ..... 254, 303

不真正預備合併 ..... 49, 195

不真正選擇合併 ..... 195

不真正競合合併 ..... 195

不起訴協議 ..... 23

不當假執行者之損害賠償責任

..... 259

中間裁判與審理集中化 ..... 220

中間裁定 ..... 158

公司股東會決議

——之召集程序、決議方法違法

..... 98

——撤銷事由與訴訟標的之特定

..... 98

公平 ..... 76, 311

——與公益維護層面上訴訟經濟

之要求 ..... 245

——與司法資源 ..... 245

——與誠信原則 ..... 291

公平之要求 ..... 68

——與文書提出義務之範圍

..... 295

——與證明妨礙抑制義務 ..... 294

——與證明妨礙法理 ..... 294

公平之裁判與平衡追求程序利益及

實體利益 ..... 40

公正程序 ..... 76

——公正程序與公益維護層面上

訴訟經濟之要求 ..... 245

——與司法資源 ..... 245

公正程序請求權

——與爭點整理程序 ..... 60

——與程序裁量權之行使 ..... 314

——與職權探知主義 ..... 225

——與程序利益保護原則 ..... 77

公告方式與職權通知 ..... 149

公告曉示程序 ..... 125

公法上協力義務 ..... 221

公法的訴權論 ..... 278

公益 ..... 6

公益法人 ..... 254

——公益法人與不作為請求之代

表性 ..... 157

公益社團法人財團法人提起不作為

訴訟許可及監督辦法 ..... 254

公益維護面向上

——訴訟經濟之事例 ..... 70

——訴訟促進與德、日論者所稱

概念 ..... 65

公益維護層面上訴訟經濟之要求

..... 95, 195, 282

——與公平 ..... 245

——與公正程序 ..... 245

——與誠信原則 ..... 245

——與濫訴 ..... 245

——與職權探知主義 ..... 247

——與職權調查事項 ..... 247

——與程序安定之要求 ..... 280

——與濫訴防止措施之競合、

選用 ..... 251

公開法庭審理與婚姻事件 ..... 266

公證人面前之證言或陳述 ..... 232

分割審理方式 ..... 214

心證之比率與折半賠償之裁判

..... 45

心證公開 ..... 37

心證公開義務 ..... 130

文書之特定與資訊開示制度 ..... 229

文書目錄提出制度 ..... 229

文書提出協力義務與事案解明協力

義務 ..... 296

文書提出義務之範圍

——與公平之要求 ..... 295

——與平等之要求 ..... 295

——擴大 ..... 219

## 五 畫

- 主張事實具體化 ..... 66
- 代位訴訟 ..... 148
- 代表訴訟 ..... 148
- 司法行為
  - 義務 ..... 242
- 司法行為
  - 請求權 ..... 242
- 司法資源 ..... 219, 230, 240, 283
  - 合理分配 ..... 27, 190
  - 與公平 ..... 245
  - 與公正程序 ..... 245
  - 與合意選定法官審判 ..... 266
  - 與程序上協議 ..... 269
  - 與誠信原則 ..... 245
  - 與濫訴 ..... 245
- 失權制裁 ..... 217
  - 規定具有強制性、公益維護性 ..... 224
  - 與職權探知主義 ..... 224
  - 與職權調查事項 ..... 224
- 失權與請求權之主張 ..... 192
- 平等之要求與文書提出義務之範圍 ..... 295
- 平等與誠信原則 ..... 291
- 平衡保護實體利益及程序利益
  - 與利益衡量之能力 ..... 236
  - 與爭點整理之目的 ..... 238
  - 與審理集中化之目的 ..... 222
- 平衡兼顧實體利益及程序利益
  - 與客觀實體法 ..... 74
  - 與第三人撤銷訴訟 ..... 154
- 平衡追求程序利益及實體利益與損害額酌定 ..... 37
- 必要或不必要 ..... 312
- 本人訴訟 ..... 226
- 本人訴訟與程序主體地位 ..... 185
- 本案判決中的法與紛爭單位型訴訟標的 ..... 74
- 本案判決中的法與權利單位型訴訟標的 ..... 74
- 本案訴訟程序與調解程之關係 ..... 31
- 本案審判對象範圍
  - 原告主導選擇 ..... 47
  - 之選擇、劃定 ..... 11
- 正當理由 ..... 312
- 民事事件類型審理必要論 ..... 121, 140, 144, 318
- 民事程序法建制之基本課題 ..... 139
- 民事裁判品質與爭點整理 ..... 238
- 民事訴訟合意選定法官審判暫行條例 ..... 177, 261
- 民事訴訟法之公法性 ..... 278

- 民事訴訟法之研修進展情況 ..... 138
  - 民事實體法與民事程序法之關係 ..... 317
  - 民事調解與家事調解 ..... 181
  - 民法不適用原則
    - 之例外 ..... 278
    - 與訴訟行為 ..... 277
  - 生活妨害制止請求事件 ..... 272
  - 生活妨害制止請求權
    - 與間接事實 ..... 304
    - 與實體法上非訟化 ..... 304
  - 生活策劃者與法律外專家 ..... 239
  - 示範訴訟協議 ..... 23
  - 立法事實 ..... 235
- 六 畫**
- 交互商談之調解方式 ..... 181
  - 仲裁人中立性、公正性 ..... 183
  - 仲裁協議 ..... 23
  - 仲裁協議存否之抗辯、意思表示有瑕疵 ..... 275
  - 仲裁性 ..... 44
  - 仲裁庭所行調解程序 ..... 271
  - 仲裁鑑定人選定聲請事件 ..... 24
  - 仲裁鑑定契約(協議) ..... 19, 23, 30
  - 任意(意定)訴訟擔當團體 ..... 123
  - 任意訴訟禁止原則 ..... 76
  - 任意訴訟禁止與程序上協議 ..... 272
  - 任意訴訟擔當之被擔當人與第三人撤銷訴訟原告適格 ..... 152
  - 任意訴訟擔當團體訴訟與程序利益保護原則 ..... 301
  - 共同訴訟之態樣與併案請求 ..... 130
  - 再審之訴一再提起與濫訴防止 ..... 253
  - 同席商談之調解方式 ..... 181
  - 合併審判制度
    - 之程序利益保護機能 ..... 54
    - 與促進訴訟的突襲 ..... 58
    - 與程序利益保護原則 ..... 57
  - 合意之酌定調解條款 ..... 26
  - 合意由受命法官調查證據 ..... 61, 263
  - 合意使證人於法院外以書狀陳述 ..... 62
  - 合意撤銷自認與程序利益保護原則 ..... 66
  - 合意選用不公開審判 ..... 266
  - 合意選定法官審判 ..... 177
    - 與司法資源 ..... 266
    - 與兼顧實體利益及程序利益 ..... 266
  - 合意選擇訴訟標的 ..... 71, 280
  - 在場見證權 ..... 146
  - 自己責任之正當化根據 ..... 269

自由心證主義之原則與血液鑑定或  
DNA鑑定……………212

自由心證主義與法官適用法律職權  
之交錯……………306

自由心證與闡明……………184

自由裁量……………315

自由順序主義……………214

自行迴避與程序上協議……………273

自律性協力義務……………260

自律性解決紛爭事件……………31

血液鑑定或DNA鑑定與自由心證  
主義……………212

行為規範明確化與訴訟指揮……………225

行為規範明確化與適當時期之判斷  
……………225

行為規範與評價規範之分離處理  
……………78

行為責任之具體化……………214

——與爭點整理之結果……………248

——與訴訟指揮……………225

——與適當時期之判斷……………225

行為責任出於協議者……………260

**七畫**

判決效力主觀範圍擴大

——與第三人撤銷訴訟……………153

——與擴張法定訴訟擔當……………157

——之正當化基礎……………145, 149

判決理由中判斷與第三人撤銷訴訟  
……………156

判例法形成與損害額酌定……………38

利害調整者與法律外專家……………239

利益衡量之能力與平衡保護實體利  
益及程序利益……………236

利益衡量之職權擴大……………313

否認之具體化……………67

妨害制止請求事件與訴之聲明  
……………129

形成、創設權利與損害額酌定  
……………35

形成性、創設性裁判與法定訴訟擔  
當團體訴訟……………305

我國法之獨特性……………293

私法的訴權論……………278

私益保護面向之訴訟經濟要求  
……………69, 74

私益保護面向與促進訴訟之要求  
……………69

言詞審理主義之修正……………63

言詞審理主義與客觀真實……………222

迅速之要求……………8

**八畫**

事件類型……………169, 176, 256, 272, 123

——多樣化、複雜化……………139

——與顯失公平之要件……………294

——與事前的程序保障……………155

——與程序利益保護原則……………30

——與程序裁量……………315

——與訴訟制度目的論……………310

——與證明度……………213

事件類型審理必要論……………179, 318

事前的程序保障……………146

——與事件類型……………155

事後的程序保障……………146

事案解明協力義務……………67

——之新法上承認……………290

——之認否爭議……………290

——存在之評價根據事實……………298

——與文書提出協力義務……………296

——與程序利益保護原則……………298

——與誠信原則……………291

事實型爭點整理與實體法上非訟化  
……………310

事實型爭點整理模式……………111

事實審理制度目的論……………144, 172

依法裁判……………167

併案請求……………126

——之訴訟類型……………127

——與共同訴訟之態樣……………130

具體化義務……………66

具體妥當性與法的安定性之兼顧  
……………307

制止請求訴訟……………254

協力迅速進行訴訟之義務  
……………215, 218

——出於協議者……………270

——基於公法上請求……………282

——基於誠實信用原則……………282

——與律師……………53

——與誠實信用原則……………219

協力義務附和於他造自律性請求者  
……………282

協同主義

——與情事變更……………307

——與總額給付裁判……………302

——與顯失公平……………307

協議簡化爭點與法律外專業知識  
……………229

取效行為及與效行為之區分標準  
……………279

定暫時狀態之中間裁定……………158

定暫時狀態假處分……………158

——之本案裁定與本案訴訟  
……………159-160

——與辯論機會……………159

——與客觀實體法……………160

延滯理由說明義務

- 與程序利益保護原則 ..... 283
- 與適時提出主義 ..... 284
- 延滯理由說明聲請權
  - 之自律行使 ..... 285
  - 之訴訟促進機能 ..... 282
  - 與程序利益保護原則 ..... 283
  - 與適時提出主義 ..... 284
- 拒絕提出文書與隱私或業務秘密 ..... 296
- 武器平等原則與證明度 ..... 213
- 武器對等原則 ..... 230, 250
- 武器對等與濫訴防止 ..... 253
- 法之預測可能性 ..... 33, 130
- 法以裁判外紛爭解決方式所尋得 ..... 171
- 法以訴訟方式所尋得 ..... 171
- 法定訴訟擔當之被擔當者與第三人
- 撤銷訴訟原告適格 ..... 153
- 法定訴訟擔當團體 ..... 123, 272
  - 訴訟 ..... 303
  - 訴訟與形成性、創設性裁判 ..... 305
  - 訴訟與展望性裁判 ..... 305
- 法定訴訟擔當與任意訴訟擔當之差  
異 ..... 147
- 法定訴訟擔當與判決效力擴張  
..... 157
- 法官之利害調整者角色 ..... 308
- 法官之教育 ..... 229
- 法官之溫情介入或支援 ..... 269
- 法官主導型爭點整理與證明妨礙抑  
制義務 ..... 276
- 法官仲裁 ..... 175, 179
  - 之合意 ..... 265
- 法官定和解方案 ..... 29
  - 與客觀真實 ..... 177
  - 與訴訟標的範圍 ..... 29
- 法官知法原則 ..... 99
  - 與法律諮詢制度 ..... 235
  - 與闡明 ..... 184
- 法官表明法律見解
  - 與律師強制代理主義 ..... 185
  - 與無名契約 ..... 185
  - 與新型態交易紛爭 ..... 185
- 法官為法之形成者(權利創設者)  
..... 309
- 法官為準仲裁人 ..... 309
- 法官研習教育 ..... 236
- 法官裁量權之行使範圍擴大 ..... 300
- 法官對當事人負協力義務 ..... 222
- 法官與律師協同尋求法 ..... 235
- 法官與鑑定人間之權限及義務範圍  
..... 233
- 法官適用法律職責 ..... 94, 218
  - 與自由心證主義之交錯 ..... 199
  - 與既判力發生之正當化基礎  
..... 199
  - 與爭點整理 ..... 223
- 法官養成、研習教育 ..... 235
  - 與爭點整理 ..... 224
- 法官權限行使 ..... 54
- 法治國家之理念與與司法裁判之法  
探尋機能 ..... 204
- 法治國家理念與濫訴防止 ..... 243
- 法(制)的主體面 ..... 139, 180, 236, 309
- 法的安定性之要求 ..... 150
  - 及具體妥當性之兼顧  
..... 151, 307
- 法的客觀面 ..... 236
- 法律上陳述 ..... 49
- 法律外專家(專家參審、鑑定人)  
..... 309
  - 與生活策劃者 ..... 239
  - 與利害調整者 ..... 239
  - 與客觀真實 ..... 239
  - 與政策形成促進者 ..... 239
- 法律外專業知識 ..... 34, 180
  - 與協議簡化爭點 ..... 229
  - 與爭點整理 ..... 232
  - 與調解委員選任 ..... 30
  - 與整理爭點 ..... 20, 178
- 法律見解表明義務 ..... 130, 191
  - 與既判力客觀範圍之相對化  
..... 223, 306
- 與既判力發生之正當化基礎  
..... 199
- 與爭點整理 ..... 223
- 法律思維能力 ..... 236
- 法律專業教育方式與綜合判斷能力  
..... 236
- 法律適用的突襲 ..... 10, 112,
- 法律諮詢制度與法官知法原則  
..... 235
- 法律關係之曉諭與促進訴訟的突襲  
..... 10
- 法律關係基礎事實
  - 存否與確認利益 ..... 204
  - 與確認對象 ..... 58
  - 與確認標的 ..... 204
- 法律體系之多元與法、事實牽連  
..... 234
- 法律觀點表明與一貫性審理 ..... 249
- 法院之友制 ..... 235
- 法院裁量權之行使與程序利益保護  
原則 ..... 124
- 法曹養成、研習教育 ..... 237, 318,
- 法尋求說 ..... 6
- 法評價性或事實認定性與損害額酌  
定 ..... 38
- 法與事實牽扯難分 ..... 223, 306

- 與爭點整理……………232
  - 與法律體系之多元……………234
  - 與國際化……………234
  - 爭點效與第三人撤銷訴訟……………156
  - 爭點集中審理主義……………214, 239
    - 與律師之意識變革……………289
    - 與調解程序……………33
  - 爭點整理
    - 目的與平衡保護實體利益及程序利益……………238
    - 之程序利益保護機能……………59
    - 與公正程序請求權……………60
    - 與證明妨礙法理……………276
    - 與民事裁判品質……………238
    - 與法律外專業知識……………232
    - 與法律見解表明……………223
    - 與法與事實牽連難分……………232
    - 與審理集中化之機能……………238
    - 與證明妨礙法理……………295
  - 爭點整理學……………114
  - 爭點簡化協議……………51, 260
    - 與程序安定之要求……………279
    - 與證據保存、排除義務……………276
  - 直接審理主義
    - 之目的……………61
    - 與客觀真實……………222
  - 與程序利益保護原則……………62
  - 近代之裁判機能觀……………305
  - 金錢損害賠償請求事件
    - 與損害額酌定……………41
    - 之請求額與闡明……………13
  - 非現存的法律關係與確認利益……………202
  - 非訟裁判性……………44
- ## 九 畫
- 信賴真實主義……………6, 233
    - 與新法走向……………317
  - 侵害行為制止之訴……………129
  - 保全證據之聲請與程序利益之追求……………17
  - 促進訴訟之要求與私益保護面向……………69
  - 促進訴訟的突襲……………14, 112
    - 與小額事件……………41
    - 與合併審判……………58
    - 與法律關係之曉諭……………10
    - 與表明原因事實特定訴訟標的……………49
    - 與處分權主義之機能……………187
    - 與程序利益保護原則……………77
    - 與審級救濟……………78
    - 與簡化爭點協議……………52

- 與證人書面陳述……………64
- 與闡明……………209, 226
- 促進訴訟的程序保障……………144
- 客觀合併之選擇提起由原告主導……………47
- 客觀合併型態……………186
  - 之重整……………194
- 客觀真實
  - 與言詞審理主義……………222
  - 與法官定和解方案……………177
  - 與法律外專家……………239
  - 與直接審理主義……………222
  - 與程序上協議……………270
- 客觀真實說
  - 與預防紛爭……………258
  - 與證明度……………213
- 客觀實體法……………52, 172
  - 與定暫時狀態處分……………160
  - 與確認利益……………206
- 客觀舉證責任……………293
  - 不發揮作用……………299
  - 其理論與一般性事案解明義務……………299
- 律師之延滯理由說明義務……………286
- 律師之促進訴訟、保護程序利益等功能……………286
- 律師之教育……………229
- 律師之意識變革
  - 與爭點集中審理主義……………289
  - 與程序利益保護原則……………288
  - 與適時提出主義……………289
- 律師之損害賠償責任……………259
  - 與濫訴防止……………259
- 律師之功能……………185
  - 與兩造協議之促成……………20
  - 與法律上構成之協助……………53
  - 與說明義務……………226
- 律師代理制……………226
  - 之立法理由……………286
- 律師代理強制主義
  - 之立法理由……………286
  - 與法官表明法律見解……………185
- 律師協同尋求法之所在……………308
- 律師查證制度……………230
- 律師研習教育……………236
- 律師負專家責任……………48, 287
- 律師倫理、懲戒規範與訴訟促進義務……………183
- 律師倫理水平之提昇……………54
- 律師倫理規範與律師間同業相袒護……………287
- 律師間同業相袒護與律師倫理規範……………287
- 律師間自由競爭與程序上協議

- ..... 269
- 律師酬金敗訴者負擔 ..... 254, 255
- 律師酬金訴訟費用化
- 消極論、積極論 ..... 256
- 與濫訴防止 ..... 256
- 律師與協力迅速進行訴訟之義務
- ..... 53
- 律師與法官協同尋求法 ..... 235
- 律師養成、研習教育 ..... 235
- 與爭點整理 ..... 224
- 律師職務之公共性 ..... 231
- 律師職務與新法 ..... 53
- 政策形成促進者與法律外專家
- ..... 239
- 既判力客觀範圍
- 與紛爭單位型訴訟標的
- ..... 200
- 之相對化與法律見解表明義務
- ..... 199
- 科技專家與調解委員選任 ..... 33
- 突襲性裁判 ..... 37
- 主要型態 ..... 144
- 防止論 ..... 4
- 與法律觀點之辯論 ..... 218
- 與訴訟指揮權 ..... 223
- 與潛存的爭點 ..... 227
- 與確認利益有無欠缺之審理
- ..... 210
- 與證據提出責任之判斷
- ..... 293
- 與闡明權 ..... 185
- 要件事實之抽象化、概括化 ..... 43
- 重大損害 ..... 312
- 重複起訴禁止 ..... 71, 193
- 重複發問 ..... 289
- 十畫**
- 個人之妨害排除請求權 ..... 158
- 個別・非正式仲裁 ..... 171
- 個別的事案解明義務 ..... 215, 241
- 與一般性事案解明協力義務
- 之區別實益 ..... 297
- 兼顧實體利益及程序利益
- 與合意選定法官審判 ..... 266
- 與審理集中化 ..... 263
- 原因事實 ..... 13
- 與訴訟標的之特定 ..... 48, 50
- 之表明與訴訟標的之特定
- ..... 93
- 之訴訟標的特定機能被實務
- 忽略 ..... 93
- 原因事實單位型訴訟標的與事實型
- 爭點整理 ..... 111
- 原因債權關係存否與原因事實
- ..... 197
- 家事事件法之起草制定 ..... 318
- 家事事件法研究制定委員會 ..... 138
- 家事調解與審判程序之關係 ..... 32
- 展望性裁判與法定訴訟擔當團體訴
- 訟 ..... 305
- 書記官之業務管理 ..... 239
- 消費者保護團體 ..... 149
- 特別訴訟化之紛爭類型 ..... 161
- 狹義的原因事實 ..... 48, 96
- 真偽(存否)不明 ..... 293
- 真實義務 ..... 241
- 租金調整(增減)之效力發生時
- ..... 108
- 租金調整事件
- 兼具形成性之給付訴訟
- ..... 109
- 與訴之聲明 ..... 107
- 之審理取向 ..... 81
- 與具體事實之爭點整理 113
- 與訴訟類型 ..... 106
- 租金調整請求權因契約所生與訴訟
- 標的 ..... 103
- 租金調整請求權因情事變更所生與
- 訴訟標的 ..... 106
- 納稅人全體之利益 ..... 6
- 紛爭事件類型之多樣化 ..... 182
- 紛爭單位型訴訟標的 ..... 23, 70
- 與本案判決中的法 ..... 74
- 與既判力之客觀範圍 ..... 200
- 紛爭解決一次性之要求
- ..... 48, 70, 76, 95
- 紛爭解決說 ..... 6
- 起訴非必有實體法上權利與預防紛
- 爭 ..... 258
- 追加選定當事人制度之定位 ..... 119
- 追加選定當事人制度之法理基礎
- ..... 120
- 酌定損害額→損害額酌定
- 酌定調解條款 ..... 28, 33
- 十一畫**
- 參加人與第三人撤銷訴訟 ..... 152
- 參審法官與仲裁判斷性裁判 ..... 181
- 國民之法主體性 ..... 6, 182
- 國際化與法、事實牽連 ..... 234
- 國際訴訟競合 ..... 261
- 婚生子女與親子關係確認 ..... 214
- 婚姻事件與公開法庭審理 ..... 266
- 專任調解委員或準仲裁人 ..... 175
- 專家參與 ..... 169
- 專家參審試行條例 ..... 178
- 與程序利益保護原則 ..... 233
- 強制性協力義務 ..... 214

- 強制性證明妨礙抑制義務 ..... 276  
 強制法規與程序協議 ..... 272  
 情事變更 ..... 307  
     ——與協同主義 ..... 307  
     ——與辯論主義 ..... 307  
 救濟法 ..... 166, 307  
 混合契約與程序上協議 ..... 268  
 現代之裁判機能觀 ..... 305  
 現代型紛爭事件 ..... 120, 128, 296  
 現代型訴訟 ..... 123  
     ——之特徵 ..... 304  
     ——與處分權主義之限制 ..... 254  
     ——與訴權濫用 ..... 253  
 第三人撤銷訴訟  
     ——之立法旨趣、運用方針 ..... 150  
     ——之活用與職權通知 ..... 146  
     ——與平衡兼顧實體利益及程序利益 ..... 154  
     ——與判決理由中判斷 ..... 156  
     ——與事後的程序保障 ..... 150  
     ——與爭點效 ..... 156  
**十二畫**  
 統一解決紛爭之要求 ..... 70, 76  
     ——與事前的程序保障 ..... 157  
     ——與程序權保障等要求之兼顧 ..... 150  
         處分權主義 ..... 10, 45, 102  
         ——之限制與現代型訴訟事件 ..... 254  
         ——之機能與促進訴訟的突襲 ..... 187  
         ——與兼顧實體利益及程序利益 ..... 107  
         ——與訴訟權之保障 ..... 46  
         ——與總額給付協議 ..... 265  
         ——與闡明義務 ..... 186  
     被告之程序利益與訴訟標的相對論 ..... 73  
     陳述義務 ..... 66, 241  
     創設性、展望性裁判 ..... 108  
     單一原因事實與損害賠償請求權 ..... 95  
     單一訴之聲明與狹義的原因事實 ..... 190  
     單一訴之聲明與廣義的原因事實 ..... 191  
     提訴權濫用 ..... 245  
         ——與顯無理由起訴 ..... 250  
     無名契約與法官表明法律見解 ..... 185  
     無名契約與闡明法律關係 ..... 21  
     發問制止聲請權之訴訟促進機能 ..... 288  
         發現真實的程序保障 ..... 144  
         程序上協議  
             ——之內容、態樣 ..... 273  
             ——之立法論據 ..... 260  
             ——之定性 ..... 268  
             ——之法律效果 ..... 273  
             ——為新法未明認之事項 ..... 267  
             ——與司法資源 ..... 269  
             ——與任意訴訟禁止 ..... 272  
             ——與自行迴避 ..... 273  
             ——與客觀真實 ..... 270  
             ——與律師間自由競爭 ..... 269  
             ——與混合契約 ..... 268  
             ——與程序利益保護原則 ..... 266  
             ——與程序利益保護原則 ..... 280  
             ——與程序法定 ..... 272  
             ——與程序處分權 ..... 268  
             ——與程序選擇權之法理 ..... 266  
             ——與訴訟制度目的論 ..... 270  
             ——與訴訟契約論 ..... 274  
             ——與適時提出主義之關係 ..... 271  
         程序上抽象性不確定概念 ..... 311  
         程序主體地位 ..... 6, 182  
             ——與程序裁量權之賦予 ..... 314  
         程序主體性原則 ..... 5  
 程序主體權論 ..... 4, 140  
 程序安定之要求 ..... 76, 278  
     ——與公益維護層面上訴訟經濟 ..... 280  
     ——與爭點簡化協議 ..... 279  
     ——與預備反訴 ..... 278  
     ——與預備合併 ..... 278  
 程序利益之追求  
     ——與程序處分權 ..... 46  
     ——與程序轉換 ..... 25  
 程序利益保護原則 ..... 10  
     ——與小額事件 ..... 39  
     ——與小額事件 ..... 308  
     ——與公正程序請求權論 ..... 77  
     ——與任意訴訟擔當團體 ..... 301  
     ——與合意撤銷自認 ..... 66  
     ——與事件類型 ..... 30  
     ——與事案解明協力義務 ..... 298  
     ——與延滯理由說明義務 ..... 283  
     ——與延滯理由說明聲請權 ..... 283  
     ——與法院裁量權之行使 ..... 124  
     ——與法尋求之內容 ..... 75  
     ——與直接審理主義 ..... 62  
     ——與促進訴訟的突襲 ..... 77  
     ——與律師之意識變革 ..... 288  
     ——與專家參審試行條例 ..... 233

- 與程序上協議 ..... 266
- 與程序上協議 ..... 280
- 與程序安定之要求 ..... 279
- 與程序轉換論 ..... 26
- 與視同自認 ..... 65
- 與訴訟制度目的論 ..... 77
- 與訴訟經濟原則 ..... 121
- 與訴訟標的相對論 ..... 71
- 與預備合併 ..... 195
- 與諸基本要求之關係 ..... 75
- 與選定當事人制度擴充  
..... 121
- 與選擇合併 ..... 195
- 與濫訴防止 ..... 243
- 與濫訴防止措施之競合、選  
用 ..... 251
- 與總額給付裁判 ..... 302
- 與職權探知主義 ..... 225
- 與證人發問制止聲請權  
..... 288
- 與證明妨礙行為之法律效果  
..... 294
- 與證明妨礙法理 ..... 276
- 與證據法則 ..... 61
- 與證據保全程序上不起訴協  
議 ..... 277
- 與闡明權(義務) ..... 38, 187
- 程序利益保護論 ..... 6
  - 之提倡 ..... 3
  - 被引進最高法院判決 ..... 61
- 程序利益保護觀點與訴訟法律關係  
之學說理論 ..... 283
- 程序利益
  - 與訴訟經濟 ..... 35
  - 與實體利益之平衡點上法  
..... 166
- 程序協議與強制法規 ..... 272
- 程序法上非訟化 ..... 113
  - 與小額事件 ..... 308
  - 與小額事件 ..... 308
  - 與原狀回復請求事件 ..... 163
- 程序法定原則 ..... 76
  - 與程序上協議 ..... 272
- 程序法理交錯適用論 ..... 141, 176, 180
- 程序保障之銜接統合機能 ..... 165
- 程序保障及統一解決紛爭等要求之  
兼顧 ..... 151
- 程序處分權
  - 與證據保全程序上協議 ..... 19
  - 之表現型態 ..... 90
  - 與程序上協議 ..... 268
  - 與程序利益之追求 ..... 46
  - 與訴訟標的之相對性特定  
..... 12
- 與衡平法理之選用 ..... 175
- 程序裁量權
  - 與事件類型 ..... 315
  - 之行使與公正程序請求權  
..... 314
  - 之行使與適時審判請求權  
..... 314
  - 之賦予與程序主體地位  
..... 314
  - 之擴大 ..... 311
  - 行使之指標 ..... 314
- 程序裁量聲請權 ..... 316
- 程序進行預測困難性與裁量權增大  
..... 316
- 程序選擇權之法理  
..... 27, 182, 121, 239
  - 與程序上協議 ..... 266
  - 與競合合併 ..... 195
  - 與新法走向 ..... 317
  - 與親子關係確認 ..... 214
- 程序選擇權論 ..... 4, 140, 169
- 程序轉換與程序利益之追求 ..... 25
- 程序轉換論 ..... 176, 180
  - 與程序利益保護原則 ..... 26
- 程序權保障與小額事件 ..... 42
- 程序權保障與新法走向 ..... 317
- 筆錄閱覽權 ..... 146
- 裁判外紛爭處理、解決制度 ..... 16
  - 之信賴度 ..... 174
  - 與證據保全程序上協議  
..... 170
  - 之增多誘因 ..... 173
  - 與判決程序之機能互補  
..... 166
  - 與判決程序之關係 ..... 182
- 裁判外諸紛爭解決程序之關係  
..... 182
- 裁判先例評釋與審判全過程 ..... 92
- 裁判規範 ..... 307
- 裁量權之行使與新法走向 ..... 317
- 裁量權增大與程序進行之不確實  
性、不透明性、預測困難性 ..... 316
- 視同自認與程序利益保護原則  
..... 65
- 評價(判定)根據事實與訴訟權濫用  
..... 246
- 評價根據事實與事案解明協力義務  
..... 298
- 訴之利益之不確定概念性  
..... 202
- 訴之利益欠缺與濫訴判定根據事實  
..... 252
- 訴之聲明與妨害制止請求事件  
..... 129

- 訴之聲明與兼顧實體利益及程序利益 ..... 103  
 訴之聲明與原因事實之表明 ..... 189  
 訴之聲明與損害賠償請求事件 ..... 128  
 訴之變更、追加  
     ——與程序利益保護原則 ..... 195  
     ——與訴訟經濟原則 ..... 55  
     ——與實體利益及程序利益之衡量 ..... 11  
     ——之要件緩和 ..... 54  
     ——與訴訟標的論爭 ..... 55  
 訴訟上請求之特定、表明 ..... 11, 90  
     ——與實體法及訴訟法之對應 ..... 115  
 訴訟上請求與確認標的 ..... 205  
 訴訟上關係之公法上理解 ..... 283  
 訴訟外紛爭處理基本法 ..... 183  
 訴訟外訴訟行為 ..... 278  
 訴訟外鑑定書 ..... 234  
 訴訟行為之意思表示有瑕疵 ..... 278  
 訴訟行為與民法不適用原則 ..... 277  
 訴訟行為論 ..... 279  
 訴訟告知與程序保障之賦予不足 ..... 150  
 訴訟制度之本質上理由 ..... 71  
 訴訟制度之長、短 ..... 166  
 訴訟制度之濫用 ..... 241  
 訴訟制度目的論 ..... 166  
     ——與立憲主義 ..... 172  
     ——與事件類型 ..... 310  
     ——與程序上協議 ..... 270  
     ——與程序利益保護原則 ..... 77  
     ——與預防紛爭 ..... 258  
     ——與證明度 ..... 213  
 訴訟制度  
     ——具公權性、強行性 ..... 167  
     ——具實體法基準性 ..... 167  
     ——賦予較嚴密之程序保障 ..... 167  
 訴訟法具公共性 ..... 77  
 訴訟法律關係之學說理論與程序利益保護觀點 ..... 283  
 訴訟法律關係亦屬兩造當事人間關係 ..... 291  
 訴訟法理與仲裁法理之交錯適用 ..... 176  
 訴訟法學與實體法學 ..... 239  
 訴訟促進之要求 ..... 221  
 訴訟促進方案之周邊問題 ..... 214  
 訴訟促進義務 ..... 221  
     ——之定性 ..... 224  
     ——出於協議者 ..... 270  
     ——與律師倫理、懲戒規範 ..... 183  
 訴訟促進論 ..... 6  
 訴訟契約論與程序上協議 ..... 274  
 訴訟指揮權  
     ——與行為規範明確化 ..... 225  
     ——與行為責任具體化 ..... 225  
     ——之防止突襲機能 ..... 184  
     ——與突襲性裁判 ..... 223  
     ——與對鑑定人之指示 ..... 234  
 訴訟要件之機能與確認利益 ..... 209  
 訴訟要件論與訴權論 ..... 244  
 訴訟理論與審判實務之銜接相輔 ..... 92  
 訴訟程序改用調解程序 ..... 28  
 訴訟程序與調解程序 ..... 32  
 訴訟當事人之追加 ..... 124  
 訴訟經濟之概念上模糊化 ..... 3, 133  
 訴訟經濟之要求(原則)  
     ..... 21, 34, 262, 263, 264  
     ——與私益保護面向 ..... 69  
     ——與程序利益保護原則 ..... 121  
     ——與訴之變更、追加 ..... 55  
     ——與程序利益 ..... 35  
     ——與訴訟標的論爭 ..... 55  
     ——與變更或追加之限制 ..... 56  
 訴訟資料使用平等原則 ..... 296  
 訴訟達於可為裁判之程度 ..... 248  
 訴訟標的之合意選擇 ..... 280  
 訴訟標的之特定  
     ——與公司股東會決議撤銷事由 ..... 98  
     ——與原因事實(紛爭事實)之表明 ..... 48  
     ——與請求權基礎之表明 ..... 95  
 訴訟標的之選擇性特定與程序處分權 ..... 12  
 訴訟標的相對論 ..... 12  
     ——與被告之程序利益 ..... 71, 73  
 訴訟標的論 ..... 186  
     ——之新、舊說 ..... 12  
     ——新、舊說批判 ..... 91  
     ——新、舊說無爭論實益 ..... 188  
     ——與訴之變更或追加 ..... 55  
     ——與訴訟經濟 ..... 55  
 訴訟標的範圍  
     ——與法官定和解方案 ..... 29  
     ——與證據保全程序上協議 ..... 29  
 訴訟擔當團體 ..... 265  
 訴訟類型與租金調整請求事件 ..... 106  
 訴訟權 ..... 71, 242  
     ——之保障與處分權主義 ..... 46  
     ——之濫用與評價(判定)根據事

- 實……………245
- 訴權……………244
  - 否定說……………241
  - 肯定說……………241, 244
- 訴權論……………244, 278
- 訴權論與訴訟要件論……………244
- 訴權濫用……………71, 241
  - 與現代型訴訟事件……………253
- 費用相當性原理……………42, 43, 76
- 間接事實
  - 之主張責任、具體化義務……………67
  - 之具體化義務及證據提出責任……………68
  - 之舉證責任……………68
  - 與生活妨害制止請求權……………304
  - 與創設性、展望性裁判……………112
  - 與擬制自認該當性……………67
- 集團利益……………157, 310
- 十三畫**
- 損害賠償請求事件與訴之聲明……………128
- 損害額未確定或難表明與確認訴訟、程序利益……………59
- 損害額酌定
  - 與平衡追求程序利益及實體利益……………37
  - 與判例法形成……………38
  - 與法評價性或事實認定性……………38
  - 與金錢損害賠償請求事件……………41
  - 與衡平法理……………35
- 損害額算定困難……………15
  - 之事例……………38
- 新法之獨特性……………199
- 新法未明定之程序上協議……………271
- 新法之走向
  - 與信賴真實主義……………317
  - 與程序選擇權……………317
  - 與程序權保障……………317
  - 與裁量權之行使……………317
  - 與適時審判請求權……………317
- 新法與律師職務……………53
- 新型態交易紛爭與法官表明法律見解……………185
- 新程序保障論……………4, 140, 143, 169
  - 與定暫時狀態假處分……………165
  - 與證據保全程序上協議……………165
- 業務秘密與拒絕提出該文書……………296

- 準仲裁……………28, 29
- 準預備合併……………49, 195
- 準選擇合併或競合合併……………195
- 當事人本人
  - 訊問……………220
  - 陳述之功能……………220
- 當事人查詢制……………230
- 當事人進行主義及職權進行主義之兼採……………283
- 當事人適格之判斷標準與權利……………120
- 經驗法則與證明妨礙行為之法律效果……………294
- 義務性裁量……………315
- 試驗訴訟協議……………23
- 誠實信用原則
  - 與公平……………291
  - 與公益維護層面上訴訟經濟之要求……………245
  - 與司法資源……………245
  - 與平等……………291
  - 與事案解明協力義務……………291
  - 與預備反訴……………278
  - 與預備合併……………278
  - 與證明妨礙法理……………294
  - 與協力迅速進行訴訟之義務……………219
- 資訊開示制度與文書之特定……………229
- 達成迅速而經濟的裁判之程序保障……………144
- 達成慎重而正確的裁判之程序保障……………144
- 預防紛爭
  - 與客觀真實說……………258
  - 與起訴非必有實體法上權利……………258
  - 與訴訟制度目的論……………258
  - 與權利保護說……………258
- 預備反訴
  - 與程序安定之要求……………278
  - 與誠信原則……………278
  - 與權利濫用禁止……………278
- 預備合併
  - 與程序安定……………278
  - 與程序利益保護原則……………195
  - 與誠信原則……………278
  - 與權利濫用禁止……………278
- 十四畫**
- 實體利益與程序利益
  - 之平衡與證明度……………213
  - 平衡兼顧論……………141
  - 與證明度……………213
- 實體法上定性

|                          |              |                |     |
|--------------------------|--------------|----------------|-----|
| ——與確認利益·····             | 205          | ·····          | 307 |
| ——與確認對象·····             | 204          | 說明義務·····      | 54  |
| 實體法上非訟化·····             | 43, 108, 112 | 說明義務與律師功能····· | 226 |
| ——之訴訟法上助長·····           | 301          |                |     |
| ——與小額事件·····             | 308          |                |     |
| ——與生活妨害制止請求權<br>·····    | 304          |                |     |
| ——與事實爭點整理·····           | 310          |                |     |
| ——與論理型爭點整理·····          | 310          |                |     |
| 實體法與程序法之對應適用<br>·····    | 91           |                |     |
| 實體法與程序法之應有關係<br>·····    | 74, 166      |                |     |
| 實體法學與訴訟法學·····           | 239          |                |     |
| 實體真實發現主義·····            | 6            |                |     |
| 撤銷自認之同意·····             | 263          |                |     |
| 撤銷股東會決議之訴·····           | 98           |                |     |
| 滿足性假處分<br>——之本案化現象·····  | 162          |                |     |
| ——之事例·····               | 162          |                |     |
| ——與實體法上情報請求權<br>·····    | 165          |                |     |
| 綜合判斷能力與法律專業教育方式<br>····· | 236          |                |     |
| 與效行為及取效行為之區分標準<br>·····  | 279          |                |     |
| 認定事實的突襲與變更原判決之訴          |              |                |     |

## 十五畫

|                                       |              |
|---------------------------------------|--------------|
| 價值觀之多元化·····                          | 69, 182, 168 |
| 審判實務之變革與平衡兼顧實體利<br>益及程序利益·····        | 91           |
| 審判獨立原則·····                           | 99           |
| 審級救濟與促進訴訟的突襲·····                     | 78           |
| 審理集中化<br>——之目的與平衡保護實體利益<br>及程序利益····· | 222          |
| ——之法理基礎上獨特性·····                      | 222          |
| ——之課題·····                            | 214          |
| ——之機能·····                            | 238          |
| ——措施之立法理由·····                        | 217          |
| ——措施之特徵·····                          | 221          |
| ——與中間裁判·····                          | 220          |
| ——與兼顧實體利益及程序利益<br>·····               | 263          |
| 廣義的原因事實·····                          | 22           |
| 暫定性假處分與迅速而經濟的裁判<br>·····              | 160          |
| 潛存的爭點與突襲性裁判·····                      | 227          |
| 確認之對象與擴大訴訟制度解決紛<br>爭功能·····           | 202          |

|                                   |             |                           |          |
|-----------------------------------|-------------|---------------------------|----------|
| 確認利益·····                         | 202         | ——與闡明權行使·····             | 197      |
| ——有無欠缺之審理與突襲性裁<br>判·····          | 210         | ——與辯論·····                | 197      |
| ——判定過程與起訴機會保障<br>·····            | 201         | 請求之意義·····                | 46       |
| ——該當事實與確認標的之基礎<br>事實·····         | 210         | 請求權之主張與失權·····            | 192      |
| ——與法律關係基礎事實存否<br>·····            | 204         | 請求權基礎之表明與訴訟標的之特<br>定····· | 95       |
| ——與促進訴訟的突襲·····                   | 58          | 請求權競合<br>——與預備或選擇合併·····  | 195      |
| ——與客觀實體法·····                     | 206         | ——與確認標的·····              | 205      |
| ——與訴訟要件之機能·····                   | 209         | ——與確認標的·····              | 205      |
| ——與實體法上定性·····                    | 205         | 調解委員<br>——與仲裁鑑定協議·····    | 181      |
| ——與親子關係·····                      | 208         | ——與爭點整理、協議簡化爭點<br>·····   | 30       |
| ——與闡明·····                        | 206         | ——與科技專家選任·····            | 33       |
| 確認性兼形成性之裁判·····                   | 35          | ——選任與法律外專業知識·····         | 30       |
| 確認訴訟以反訴之方式提起·····                 | 72          | 調解前置主義·····               | 32       |
| 確認訴訟與確認判決之機能·····                 | 202         | ——與小額事件·····              | 44       |
| 確認對象與法律關係基礎事實<br>·····            | 58          | 調解程序<br>——兼具準備程序之性質·····  | 32       |
| 確認對象與實體法上定性·····                  | 204         | ——與爭點集中審理主義·····          | 33       |
| 確認標的<br>——之基礎事實與確認利益該當事<br>實····· | 210         | ——與訴訟程序·····              | 32       |
| ——與法律關係基礎事實·····                  | 204         | ——轉換為準仲裁程序·····           | 28       |
| ——與訴訟上請求·····                     | 205         | ——轉換為準仲裁程序·····           | 179      |
| 請求之基礎事實同一·····                    | 55, 56, 196 | 論理型爭點整理模式·····            | 111, 310 |
|                                   |             | ——與實體法上非訟化·····           | 310      |
|                                   |             | 適時(適式)審判之內容·····          | 170      |

- 適時之首位性決定權、選擇權 ..... 212
- ..... 318
- 適時提出主義 ..... 214, 217, 239
- 與延滯理由說明義務 ..... 284
- 與延滯理由說明聲請權 ..... 284
- 與爭點集中審理主義 ..... 239
- 與律師之意識變革 ..... 289
- 與程序上協議之關係 ..... 271
- 適時審判之內涵 ..... 61
- 適時審判請求權 ..... 239
- 與程序裁量權之行使 ..... 314
- 與新法走向 ..... 317
- 與濫訴防止 ..... 243
- 適時審判請求權論 ..... 5, 22, 141, 169
- 適當時期之判斷、具體化 ..... 271
- 與行為規範明確化 ..... 225
- 與行為責任具體化 ..... 225
- 適當與不適當 ..... 311
- 十六畫**
- 憲法與民事程序法之關係 ..... 317
- 衡平法理 ..... 27, 29, 41, 43, 168, 179
- 與損害額酌定 ..... 35
- 與準仲裁 ..... 174
- 親子關係不存在確認訴訟 ..... 207
- 之外觀說、血緣說、折衷說
- 親子關係確認
- 與確認利益 ..... 208
- 與婚生子女 ..... 214
- 與程序選擇權 ..... 214
- 選定當事人
- 之訴訟行為 ..... 131
- 制度追加型 ..... 132
- 制度排除型 ..... 132
- 制度擴充與程序利益保護原則 ..... 121
- 選擇合併與程序利益保護原則 ..... 195
- 選擇訴訟上請求之合意 ..... 46
- 遺產分割請求事件之前提問題 ..... 211
- 隨時提出主義 ..... 214
- 十七畫**
- 擬制自認
- 排除協議之法律效果 ..... 66
- 該當性之審判 ..... 67
- 該當性評價根據事實 ..... 66
- 與間接事實該當性 ..... 67
- 擬制真實如何判斷 ..... 228
- 濫行上訴 ..... 240
- 濫行起訴 ..... 240

- 濫訴 ..... 73
- 濫訴之行為導致被告受損 ..... 258
- 濫訴之實體法上效果 ..... 258
- 濫訴判定根據事實與訴之利益欠缺 ..... 252
- 濫訴抑制義務 ..... 240
- 濫訴防止措施 ..... 240
- 之競合、選用與公益維護層面上訴訟經濟 ..... 251
- 之競合、選用與程序利益保護原則 ..... 251
- 與再審之訴一再提起 ..... 253
- 與武器對等 ..... 253
- 與法治國家理念 ..... 243
- 與律師之損害賠償責任 ..... 259
- 與律師酬金訴訟費用化 ..... 256
- 與程序利益保護原則 ..... 243
- 與適時審判請求權 ..... 243
- 與證據保全程序 ..... 229
- 濫訴該當性之判定 ..... 245
- 濫訴與不當保全同時存在 ..... 259
- 濫訴與不當假執行同時存在 ..... 259
- 濫訴與公益維護層面上訴訟經濟之要求 ..... 245
- 濫訴與司法資源 ..... 244
- 總額給付協議 ..... 261
- 之程序法上性質 ..... 264
- 之實體法上性質 ..... 264
- 與處分權主義 ..... 265
- 與辯論主義 ..... 265
- 總額給付裁判
- 與程序利益保護原則 ..... 302
- 與辯論主義(協同主義) ..... 302
- 聲明之擴張與程序上不利利益 ..... 15
- 舉證責任即行為責任規範之定性 ..... 299
- 舉證責任轉換 ..... 294
- 舉證責任轉換與證明妨礙行為之法律效果 ..... 294
- 隱私與拒絕提出該文書 ..... 296
- 十八畫**
- 擴大訴訟制度解決紛爭之功能 ..... 13, 56, 70, 76, 95
- 與程序權保障等要求之兼顧 ..... 150
- 與確認之對象 ..... 202
- 擴散利益 ..... 120, 303
- 簡化爭點協議與促進訴訟的突襲 ..... 52
- 簡易事件誤用通常程序 ..... 79
- 簡易訴訟事件審判之旨趣 ..... 79

|                            |                         |
|----------------------------|-------------------------|
| 職權探知主義                     | 原則……………294              |
| ——與公正程序請求權……………225         | ——與經驗法則適用……………294       |
| ——與公益維護層面上訴訟經濟之要求……………247  | ——與舉證責任轉換……………294       |
| ——與失權制裁……………224            | 證明妨礙抑制義務……………241        |
| ——與程序利益保護原則……………225        | ——與公平之要求……………294        |
| 職權通知                       | ——與法官主導型爭點整理……………276    |
| ——與公告方式……………149            | 證明妨礙法理                  |
| ——與第三人撤銷訴訟之活用……………146      | ——與公平之要求……………294        |
| 職權提出和解方案……………178           | ——與爭點整理……………295         |
| 職權裁量法理……………41              | ——與爭點整理程序……………276       |
| 職權進行主義及當事人進行主義之兼採……………283  | ——與誠信原則……………294         |
| 職權調查事項                     | ——與證明度降低……………295        |
| ——與公益維護層面上訴訟經濟之要求……………247  | ——與證據保存、排除協議……………276    |
| ——與失權制裁……………224            | ——與證據提出責任……………295       |
| 醫療訟爭事件與一貫性審理……………250       | 證明度                     |
| 十九畫                        | ——降低與證明妨礙法理……………94,295  |
| 證人書面陳述與促進訴訟的突襲……………64      | ——與事件類型……………213         |
| 證人發問制止聲請權與程序利益保護原則……………288 | ——與武器平等原則……………213       |
| 證明妨礙行為之法律效果……………276        | ——與客觀真實說……………213        |
| ——之法律效果與程序利益保護             | ——與訴訟制度目的論……………213      |
|                            | ——與實體利益……………213         |
|                            | ——與實體利益及程序利益之平衡……………213 |
|                            | 證據方法保存、排除協議……………270     |

|                            |                            |
|----------------------------|----------------------------|
| 證據法則與程序利益保護原則……………61       | 證人書面陳述與促進訴訟的突襲……………64      |
| 證據保全程序與濫訴防止……………229        | 證人發問制止聲請權與程序利益保護原則……………288 |
| 證據保全程序上                    | 證明妨礙行為之法律效果……………276        |
| ——不起訴協議與程序利益保護原則……………277   | ——之法律效果與程序利益保護……………276     |
| ——不起訴契約……………20             |                            |
| ——協議與類推適用仲裁法……………173       |                            |
| 證據保全程序上協議……………17, 171, 260 |                            |
| ——與定暫時狀態假處分本案裁定……………164    |                            |
| ——與裁判外紛爭解決制度……………170       |                            |
| ——與訴訟標的範圍……………29           |                            |
| ——與辯論主義……………21             |                            |
| 證據保存、排除協議證明與妨礙法理……………276   |                            |
| 證據提出責任                     |                            |
| ——之判斷與突襲性裁判……………293        |                            |
| ——與證明妨礙法理……………295          |                            |
| 類似預備合併……………49              |                            |
| 類推適用仲裁法與證據保全程序上之協議……………173 |                            |
| 類推適用第270條之1……………31         |                            |
| 類推適用第326條第2項……………31        |                            |

## 二十畫

|                            |                            |
|----------------------------|----------------------------|
| 競合合併與程序選擇權之法理……………195      | 證人發問制止聲請權與程序利益保護原則……………288 |
| 闡明之目的、法理依據……………184         | 證明妨礙行為之法律效果……………276        |
| 闡明法律關係與無名契約……………21         | ——之法律效果與程序利益保護……………276     |
| 闡明義務                       |                            |
| ——之加重……………10, 14, 221, 226 |                            |
| ——與處分權主義……………186           |                            |
| ——與程序利益保護……………187          |                            |
| 闡明權                        |                            |
| ——與自由心證……………184            |                            |
| ——與法官知法原則……………184          |                            |
| ——與促進訴訟的突襲……………209, 226    |                            |
| ——與確認利益……………206            |                            |
| ——與當事人間平等……………185          |                            |
| ——與程序利益保護原則……………38         |                            |
| ——與突襲性裁判……………185           |                            |

## 二十一畫

|                      |                            |
|----------------------|----------------------------|
| 辯論主義……………217         | 證人發問制止聲請權與程序利益保護原則……………288 |
| ——與一般性事案解明義務……………292 | 證明妨礙行為之法律效果……………276        |
| ——與情事變更……………307      | ——之法律效果與程序利益保護……………276     |
| ——與總額給付協議……………265    |                            |
| ——與總額給付裁判……………302    |                            |

|              |               |          |
|--------------|---------------|----------|
| ——與證據保全程序上協議 | ——重新定位        | 232      |
| 21           | 鑑定人義務項目       | 234      |
| ——與顯失公平      | 二十三畫          |          |
| 307          | 變更或追加之限制與訴訟經濟 | 56       |
| 辯論權          | 變更原判決之訴       | 307      |
| 146          | ——訴與認定事實的突襲   | 307      |
| 二十二畫         | 顯失公平          | 307, 311 |
| 權利保護說        | ——之要件與事件類型之特性 | 294      |
| 6            | ——與協同主義       | 307      |
| ——與預防紛爭      | ——與辯論主義       | 307      |
| 258          | 顯有困難          | 313      |
| 權利單位型訴訟標的    | 顯無理由之起訴或上訴    | 241, 245 |
| 70           | 顯無理由起訴之審理過程   | 248      |
| ——之爭點整理      | 顯無理由起訴與提訴權濫用  | 250      |
| 111          |               |          |
| ——與本案判決中的法   |               |          |
| 74           |               |          |
| 權利濫用禁止       |               |          |
| ——與預備反訴      |               |          |
| 278          |               |          |
| ——與預備合併      |               |          |
| 278          |               |          |
| 鑑定人之法律上地位    |               |          |
| ——具兩面性       |               |          |
| 232          |               |          |

## 國立台灣大學法學叢書

(※表尚未出版)

|                                                    |      |          |
|----------------------------------------------------|------|----------|
| 1. 既判力之研究                                          | 駱永家  | 台大法律學系教授 |
| 2. 行政法與現代法治國家                                      | 翁岳生  | 台大法律學系教授 |
| 3. 民商法問題研究(一)                                      | 鄭玉波  | 台大法律學系教授 |
| 4. 親屬、繼承基本問題                                       | 陳棋炎  | 台大法律學系教授 |
| 5. 民法學說與判例研究(一)                                    | 王澤鑑  | 台大法律學系教授 |
| 6. 現代刑法思潮與刑事立法                                     | 蔡墩銘  | 台大法律學系教授 |
| 7. 法實證主義                                           | 林文雄  | 台大法律學系教授 |
| ※ 8. 刑事立法之比較研究                                     | 韓忠謨  | 台大法律學系教授 |
| ※ 9. 法學方法論                                         | 楊日然  | 台大法律學系教授 |
| 10. 國際經濟法專題研究                                      | 王仁宏  | 台大法律學系教授 |
| 11. 公司法專題研究                                        | 柯芳枝  | 台大法律學系教授 |
| 12. 國際私法專論                                         | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授 |
| 13. 專利商標法選論                                        | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授 |
| 14. 民事程序法與訴訟標的理論                                   | 陳榮宗  | 台大法律學系教授 |
| 15. 刑法推理方法及案例研究                                    | 蘇俊雄  | 台大法律學系教授 |
| 16. 民法學說與判例研究(二)                                   | 王澤鑑  | 台大法律學系教授 |
| 17. 舉證責任分配與民事程序法                                   | 陳榮宗  | 台大法律學系教授 |
| 18. 企業與經濟法                                         | 廖義男  | 台大法律學系教授 |
| 19. 民商法問題研究(二)                                     | 鄭玉波  | 台大法律學系教授 |
| 20. 民商法問題研究(三)                                     | 鄭玉波  | 台大法律學系教授 |
| 21. 親屬繼承法判例判決之研究                                   | 陳棋炎  | 台大法律學系教授 |
| 22. 刑法例題演習                                         | 蔡墩銘  | 台大法律學系教授 |
| 23. 國際貿易法專論                                        | 柯澤東  | 台大法律學系教授 |
| 25. 民法學說與判例研究(三)                                   | 王澤鑑  | 台大法律學系教授 |
| 26. 刑事訴訟法例題演習                                      | 蔡墩銘  | 台大法律學系教授 |
| 27. 民事法研究 I                                        | 駱永家  | 台大法律學系教授 |
| 28. 德國繼承受羅馬法                                       | 戴東雄  | 台大法律學系教授 |
| 29. 工業財產權法專論                                       | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授 |
| 30. 國際私法原理                                         | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授 |
| 31. 繼承法實例研究                                        | 戴東雄  | 台大法律學系教授 |
| 32. 法學方法與現代民法                                      | 黃茂榮  | 台大法律學系教授 |
| 33. Legal Handbook for doing Business in the R.O.C | 徐小波  | 台大法律學系教授 |
| 34. 民法學說與判例研究(四)                                   | 王澤鑑  | 台大法律學系教授 |